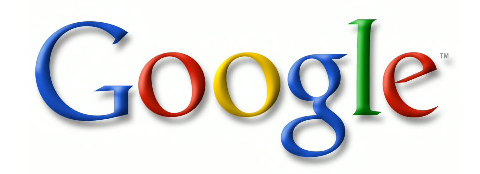




Germany

Lehrbuch

des

Pandektenrechts

von

Dr. Bernhard Windscheid
weiland Professor an der Universität Leipzig.

Dritter Band.

Achte Auflage,
unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet

von

Dr. Theodor Kipp
Professor an der Universität Erlangen.



Frankfurt a. M.
Literarische Anstalt.
Rütten & Loening.
1901.

For TX
W ED.?

Vorrede des Herausgebers.

Die Bearbeitung des vorliegenden dritten Bandes, mit welchem das Werk schließt, ist nach den gleichen Grundsätzen erfolgt, wie diejenige der beiden ersten Bände. Es kann daher auf die Vorrede B. I S. IV fg. verwiesen werden. Daß im Familienrecht das Eherecht, insbesondere das eheliche Güterrecht des BGB. keine genauere Darstellung gefunden hat, während dem Recht der Eltern und Kinder und dem Vormundschaftsrecht eine solche gewidmet wurde, wird man dem Gesammtplane entsprechend finden, der I S. VIII dargelegt worden ist.

Die diesem Bande beigefügten Register über alle drei Bände sind durchgesehen und sorgfältig und eingehend ergänzt von Herrn Regierungsaccessisten Dr. jur. Ludwig Nägelsbach zu Ansbach, welchem ich für diese wichtige Unterstützung verbindlichsten Dank sage.

Erlangen, 30. April 1901.

Theodor Kipp.

Inhaltsverzeichniß zum dritten Band.

Fünftes Buch.

Das Familien-Recht.

Sechstes Buch.

Das Erbrecht.

Fünftes Buch.

Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

I. Begriff, Begründung, Beendigung.

§ 489.

Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Weib zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Dieser Begriff der Ehe ist bereits im römischen Recht in voller Reinheit anerkannt[1].

Die Begründung und Beendigung der Ehe steht heutzutage gemeinrechtlich nicht unter den Grundsätzen des römischen Rechts, sondern unter den Grundsätzen des Reichsgesetzes vom 6. Febr. 1875 und des *canonischen* Rechts[2].

---

[1] L. 1 D. 23, 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et *consortium* omnis vitae, divini et humani iuris communicatio". § 1 I. 1, 9. „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens". Vergl. c. 3 C. XXVII qu. 2. „Individua . . consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso". § 489.

[2] Form der Eheschließnng: Erklärung vor dem Standesbeamten in Gegenwart von zwei Zeugen und Ausspruch des Standesbeamten, daß die Ehe zu Stande gekommen sei. Reichsges. v. 6/2 1875 § 41 fg. Ehehindernisse: das. § 33 fg. Andere als die hier genannten Ehehindernisse gelten nicht mehr: das. § 39. Dagegen bleibt, was die Folgen einer trotz eines Ehehindernisses abgeschlossenen Ehe angeht, maßgebend Landesr., also gemeinrlich das c. R. § 36. Ueber die Ehescheidungsgründe bestimmt das Reichsgesetz nicht: es gilt also in dieser Beziehung das c. R. gemeinrlich fort. Dagegen enthält das Reichsgesetz die Bestimmung, daß nur auf Lösung der Ehe, nicht auf (beständige) Trennung von Tisch und Bett erkannt werden kann: § 77. Vgl. Sf. XXXII. 52. [S. jetzt BGB. 1303—1352. 1564—1587, EG. 46. 40. Der Ausspruch des

Ebenso muß die nähere Darstellung der Lehre von dem, der Ehe möglicherweise vorhergehenden, Eheversprechen (Verlöbniß) der Disciplin des canonischen Rechts überlassen bleiben[3].

[BGB. s. Note [2. 3].]

Standesbeamten bei der Eheschließung ist nicht mehr wesentlich (1317. 1318). Die beständige Trennung von Tisch und Bett (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) ist wieder eingeführt; die Klage darauf kann statt der Ehescheidungsklage gewählt werden (1575).]

[3] Nach r. R. war das Verlöbniß (sponsalia) nicht bindend, und konnte nicht einmal durch Conventionalstrafe bindend gemacht werden (l. 1. l. 5 i. f. C. 5, 1, l. 71 § 1 D. 35, 1, l. 134 pr. D. 45, 1); doch verlor derjenige, welcher das Verlöbniß brach, zur Strafe die arrha sponsalicia bez. ihren Werth (l. 5 C. 5, 1, vgl. l. 3 eod., l. 54 § 2—4 [56 pr.] C. 1, 3, l. 16 C. 1, 4). Das c. R. dagegen gestattet eine Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses, freilich für den Fall der Weigerung nur kirchliche Zwangsmittel (c. 10. 17. 22 X. 4, 1); nach der heutigen Praxis wird in diesem Fall auf eine Entschädigung erkannt. Vgl. Pfeiffer pr. Ausführungen VIII S. 404 fg., Glück XXIII S. 90, Richter Kirchenr. § 289 [20] fg., Stobbe IV § 210. Sf. VI. 208. 209, VII. 59, XIII. 35, XVIII. 256, XXX. 36, XXXIX. 215. 310; vgl. V. 293. 294, IX. 164, XII. 311, XVI. 50, XVIII. 143. 255, XIX. 111, XXII. 243, XXVII 37, XXXI. 146, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 10. [Sf. LI. 29, LIV. 90, RG. XXIX S. 97 fg., XXXIX S. 188 fg., XL S. 208 fg. = Sf. LIII. 156, vgl. RG. XL S. 182. Erfüllungsort, örtliches R.: RG. XX S. 333 fg. XXIII S. 172 fg., Sf. XLIX. 163. — Conventionalstrafe: Sf. LIV. 152.] Daneben besteht aber auch die römische Strafe des Verlustes der arrha sponsalicia (des Mahlschatzes) noch fort. Glück XXIV S. 411, Schott die donatio propter nuptias S. 27 fg., v. Jagemann die Draufgabe S. 78 fg. Vgl. § 325 [4]. Die CPO. § 774 Abs. 2 schließt (zwar nicht die Verurtheilung zur Eingehung der Ehe, wo sie nach Landesr. zulässig ist, wohl aber) Zwang zur Eingehung der Ehe ausdrücklich aus. [Ebenso kommt CPO. 779 nicht zur Anwendung (s. Abs. 2 das.). Nach BGB. begründet das Verlöbniß keine Klage auf Eingehung der Ehe (1297 Abs. 1); die Vorschriften der CPO. 774 Abs. 2. 779 Abs. 2 sind daher im Allgemeinen überflüssig geworden, aber stehen geblieben (888 Abs. 2, 894 Abs. 2), weil sie noch für solche Fälle in Betracht kommen können, in denen es sich um die Vollstreckung ausländischer Urtheile handelt (s. Begründ. zur Civilprozeßnov. zu § 774 S. 156 [Guttentag]). Wer vom Verlöbniß ohne wichtigen Grund zurücktritt, oder umgekehrt dem andern Theile durch sein Verschulden einen wichtigen Grund zum Rücktritt gibt, haftet nach näherer Maßgabe von 1298. 1299 auf das negative Interesse. Weitergehenden Anspruch hat die unbescholtene Verlobte, welche ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat (1300). Strafversprechen ist nichtig (1297 Abs. 2). Condiction der arrha sponsalicia und der Geschenke unter den Brautleuten s. 1301. Die Rückforderung findet im Zweifel nicht bei Tod eines Verlobten, sonst aber grundsätzlich bei jedem Unterbleiben der Eheschließung statt. Die zweite Commission (Prot. S. 4884) wollte der Rsprechung überlassen, welche unter den im § 1301 im Allgemeinen in Bezug genommenen Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung zur Anwendung zu kommen haben. Jedenfalls wird mit den Motiven (IV S. 7) dieß von § 815 a. E. anzunehmen sein, so daß weder derjenige zurückfordern kann, der ohne wichtigen Grund zurücktritt, noch derjenige,

II. Rechtliche Bedeutung.

A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten.

§ 490.

Die Ehe ist nicht allein, und ist nicht zunächst, ein Rechtsverhältniß; sie ist zunächst ein sittliches Verhältniß. Als solches tritt sie mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein, und die Aufgabe der Rechtsordnung kann im Ganzen und Großen keine andere sein, als die, die von dem Sittengesetz geforderte Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, so weit sie es vermag, zur äußeren Erscheinung zu bringen. Im Einzelnen gehört hierher Folgendes[1].

1. Ehegatten haben gegen einander einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf eheliches Zusammenleben[2]. Hartnäckige Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens[3] ist bei den Protestanten Scheidungsgrund[4].

2. Die Verletzung der ehelichen Treue ist in ihrer schwersten Form, der des Ehebruches, Scheidungsgrund[4a] und wird gestraft.

3. Auf der Anerkennung der Pflicht der Ehegatten zur Liebe gegen einander beruhen die Rechtssätze: daß ein Ehegatte gegen den

---

der dem andern Theil durch ein Verhalten wider Treu und Glauben einen wichtigen Grund zum Rücktritt gibt. Ein solches Verhalten ist aber nicht jedes Verschulden; in einem Theil der Fälle des § 1299 (Fahrlässigkeit) wird also das Rückforderungsr. bestehen bleiben.]

[1] Das ältere r. R. kannte in der manus eine Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, in welcher dasselbe reines Rverhältniß war. Aber das Rbewußtsein des römischen Volkes hat sich früh von der manus abgewendet; im Justinianischen R. ist sie spurlos verschwunden. § 490.

[2] Nicht nach r. R., wegen der unbedingten Freiheit der Ehescheidung. Für das heutige R. s. Sf. I. 237, IV. 126, VIII. 143, XVI. 52, 54, XVIII. 257, XX. 43, XXI. 129, XXVI. 39. 134, XL. 52, XLIV. 107 (RG.), XLV. 102; XIII. 38, XXXII. 325. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 390 fg. Vgl. Holzschuher I § 55 Nr. 10–12. CPO. § 774 Abs. 2 und EG. z. CPO. § 16 Ziff. 6 verweisen, in Betreff der Erzwingung des ehelichen Lebens auf das Landesr. [[vgl. Sf. XLVII. 37.]] [BGB. 1353. — CPO. 888 Abs. 2 kennt überhaupt keinen Zwang mehr.]

[3] Sf. VII. 133. „Zur Vollstreckung eines rkräftigen Urtheils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten; sie dürfen aber ebensowenig, wie bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zu unbedingter Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und die Fortsetzung der factisch getrennten Ehe zu erzielen“. Ebenso das. XX. 230; s. auch III. 67. [CPO. 888 Abs. 2, s. vorige Note.]

[4] Walter Kirchenr. § 314. 316, Richter Kirchenr. § 286. 287 (7. und 8. Aufl.), Friedberg Kirchenr. § 160. [BGB. 1567.]

[4a] [BGB. 1565.]

andern keinen Strafanspruch erheben kann[5]; daß den Ehegatten gegen einander die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[6], selbst im Falle des Verzichtes[7]; daß die Frau von dem Manne keine Sicherheit für ihre Dos fordern darf[8]; daß Eheleute nicht zum Zeugniß gegen einander genöthigt werden können[9].

4. Die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig[10]; richterliche Hülfe wird aber dem Manne zu diesem Ende nicht gewährt.[11] Doch ist die übergeordnete Stellung des Mannes ferner noch anerkannt in den Rechtssätzen: daß der Mann Rang und Stand und das Domicil der Frau bestimmt[12], und daß er in der Person der Frau injuriirt wird[13. 14].

5. Gegen den Dritten, welcher die Frau gegen ihren Willen zurückhält, hat der Mann ein Klagerecht auf Herausgabe[15].

[BGB. s. die Noten.]

---

[5] L. 2 C. 5, 21, l. 17 D. 11, 3. Sf. XIII. 264, XIV. 137. Das r. R. schließt auch actiones famosae aus, l. 2 C. cit., l. 1 i. f. C. 5, 12. Ueber die actio rerum amotarum s. § 454 [24]. Zulässigkeit der Spolienklage: Sf. XLI. 261 (RG.) [Sf. LI. 95. — BGB. kennt keine Strafansprüche.]

[6] S. § 267, 3. [Sf. LII. 227. — Dem BGB. nicht bekannt.]

[7] L. 14 § 1 D. 24, 3.

[8] Cod. 5, 20 ne fideiussores dotium dentur. S. aber c. 7 X. 4, 20. Glück XXVII S. 231 fg., Girtanner Bürgschaft S. 144. 145, Dernburg Pfandr. I S. 381 [4].

[9] CPO. § 348, 2 [383, 2], StPO. § 51, 2. Ueber das frühere gemeine R. vgl. Bayer Vorträge S. 794.

[10] C. 12 sqq. C. XXXIII qu. 5; vgl. l. 14 i. f. D. 24, 3, l. 48 D. 38, 1. Dienste? Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1214 Nr. 4 [2. Aufl. III § 469 zu [29] fg.], Roth II § 91 [128]. [BGB. 1354. 1356.]

[11] Abgesehen von dem Falle der Note [2]. Auch ein Züchtigungsr. des Mannes läßt sich gemeinrlich nicht begründen. Ueber l. 8 § 2 C. 5, 17 und Nov. 117 c. 14 s. Glück XXIV S. 383 fg. Deutsches R.: vgl. Beseler § 122 [4], Roth II § 91 [125].

[12] L. 13 C. 12, 1; I § 36 [5]. CPO. § 17 Abs. 1 [gestrichen wegen BGB. 10.] Reichsgesetz 6/6 70 über den Unterstützungswohnsitz § 15—17. S. auch Reichsgesetz 1/6 70 über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit § 5. 11. 19. 21 Abs. 2 [EG. z. BGB. 41.]

[13] L. 1 § 3. 9. l. 2. l. 18 § 2 D. 47, 10. Vgl. StGB. § 195. 232.

[14] Nach r. R. wurde der Ehemann auch in Processen der Frau als ihr Vertreter ohne Vollmacht gegen Sicherheit zugelassen. Heutzutage ist nach CPO. § 85 [89] nur einstweilige Zulassung zulässig; vor dem Urtheil muß die Vollmacht beigebracht werden. [Etwas ganz Anderes ist das gerichtliche Auftreten des Mannes kraft seiner Verwaltungsre nach Maßgabe der verschiedenen Güterstände des BGB.]

[15] Interdictum de uxore exhibenda et ducenda L. 2 D. 43, 30, l. 11 C. 5, 4. Vgl. Sintenis III § 131 [13]. [Dem BGB. nicht bekannt.]

B. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

Uebersicht.

§ 491.

Den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand hat der Mann zu tragen[1]. Im Besonderen steht der Frau gegen den Mann ein, im Nothfall gerichtlich verfolgbarer, Anspruch auf Gewährung standesmäßigen Unterhalts zu[2]. Abgesehen hiervon verleiht die Ehe weder der Frau an dem Vermögen des Mannes, noch dem Manne an dem Vermögen der Frau irgend welche Rechte[3]. Doch es ist

[1] L. 7 pr. D. D. 23, 3, l. 20 C. 5, 12, l. 65 § 16 D. 17, 1. § 491.

[2] Daß der Mann die Verpflichtung habe, die Bedürfnisse der Frau zu bestreiten, wird in den Quellen vielfach anerkannt; s. l. 21 pr. D. 24, 1 und die übrigen § 509 [5] angeführten Stellen. Einer gerichtlichen Verfolgung aber konnte der Mann nach r. R. durch die Scheidung entgehen, und deßwegen ist in den Quellen vou einer solchen Verfolgung wenig die Rede. Aber s. l. 22 § 8 D. 24, 3: — „Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere . . matrimonium calliditate non vult . . . tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati, adire iudicem competentem . .". Vgl. Sf. XIV. 87, XXVIII. 228, XXXVIII. 113, XLII. 306. Einfluß der Trennung der Ehe: XII. 40, XIII. 146, XXV. 135, XXVI. 38. 243. 244, XXIX. 144. 245, XXXIV. 308, XXXV. 36. 218, XXXVIII. 113. 317, RG. VIII S. 184, Sf. XL. 117 (RG.). 212 [LI. 31. 34. Trennung von Tisch und Bett: RG. XXX S. 125 fg. S. ferner Sf. XLVIII. 268 u. XLVII. 36. 203. 204.]. Stobbe IV § 216 Nr. 5. Dernburg II § 26 [8]. S. auch unten § 493 [3]. — Eine Alimentationspflicht der Frau gegen den Mann geht aus l. 29 C. 5, 12, welche man dafür angeführt hat, nicht hervor. Vgl. Sintenis III § 131 [11]. Daß diese Pflicht durch die Praxis eingeführt worden sei, behauptet Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht S. 176. S. auch Sf. XXVII. 267 und Roth II § 91 [120]. [BGB. 1360. 1361. 1578 fg. 1345—1347. 1351.]

[3] So das r. R. Anders das germanische R. Das germanische R. hat von jeher die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft auch in der Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Ausdruck gebracht. Sachsensp. I. 31 § 1. „Man unde wif ne hebbet nein getweiet gut to irme live". Schwabensp. Kap. 33. „Man unde wip mugen nit gehaben dahein guot gezweihet". Dieser Grundgedanke ist in den verschiedenen deutschen Particularren in verschiedener Weise ausgebildet worden; im Großen aber zeigen sich zwei Hauptrichtungen. Entweder wird das beiderseitige Vermögen nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, mit der Befugniß desselben, auch das Vermögen der Frau zu den Zwecken der Ehe zu verwenden (System der Gütereinheit, Gütervereinigung, Güterverbindung, Verwaltungsgemeinschaft); oder es wird aus dem beiderseitigen Vermögen eine rlich einige Masse unter der mehr oder minder beschränkten Disposition des Mannes gebildet (System der Gütergemeinschaft). Das erste System ist unter dem Einfluß des r. R. vielfach, und namentlich durch die chursächsische Jurisprudenz, zum System des ehemännlichen Nießbrauchs

nahe liegend, daß die Frau dem Manne als Beitrag zu den Lasten der Ehe ein Heirathsgut, eine Dos[4], zubringe (§ 492 fg.). Seinerseits kann der Mann der Frau eine Widerlage gegen die Dos

(usufructus maritalis) umgebildet worden. — Die deutschrliche Gestaltung der ehelichen Vermögensverhältnisse ist statistisch genommen auch noch heutzutage in Deutschland die überwiegende; auf keinem andern Punkte hat sich das deutsche R. in Deutschland ein gleich umfassendes räumliches Herrschaftsgebiet gewahrt. Nichtsdestoweniger muß als das gemeine deutsche R. auch in dieser Materie das r. R. angesehen werden. Zwar, wenn man diesen Satz so ausdrückt, daß für das r. R. die Vermuthung streite, so ist dieser Ausdruck, wie er überhaupt dem Mißverständnisse ausgesetzt ist (vgl. I § 2 [2]), so namentlich in der vorliegenden Materie ein wenig passender; nirgends mehr, als gerade hier, wird der Richter Veranlassung und Pflicht haben, selbständig zu untersuchen, ob sich nicht auf einem gegebenen Raum eine deutschrliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erhalten habe. Aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß, wenn diese Untersuchung zu keinem bejahenden Resultate führt, der Richter, wenn er mit dem Satze von der Reception des r. R. als Ganzen (I § 2 [3]) nicht überhaupt brechen will, kein anderes als eben das r. R., zur Anwendung bringen darf. Für welches andere System sollte er sich auch entscheiden? Man hat gesagt: für das System der Gütereinheit. So namentlich Gerber Lehrb. des deutschen Privatr. § 231 [1] in den früheren Ausgaben (noch in der 7., vgl. dens. Jahrb. für Dogm. I S. 239 fg.), und in ausführlicher Erörterung Fr. Rathmann (Obertribunalrath in Berlin): Einige Worte über eheliches Güterr. nach heutigem gem. R. in Deutschland, Chemnitz 1859. Aber auch abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: System der Gütereinheit doch nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichnet wird, welche im Einzelnen, und namentlich was den Umfang des Res des Ehemannes angeht, eine Reihe von Fragen offen läßt, daß man also in diesem System nicht sowohl eine fertige Theorie hat, als vielmehr nur die Grundlage einer erst zu entwickelnden, bei welcher Entwickelung dem individuellen Ermessen ein nicht unbedeutender Spielraum zufallen wird: so beruht die ganze Meinung auf der Auffassung, daß das System der Gütergemeinschaft eine spätere, mehr oder minder unorganische Veränderung (Gerber sprach in früheren Auflagen von einer „Verunstaltung“, s. auch Jahrb. f. Dogm. I S. 271 unten) des ursprünglich in Deutschland allein herrschend gewesenen Systems der Gütereinheit sei, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch neuere Untersuchungen, um Wenig zu sagen, äußerst zweifelhaft gemacht worden. So namentlich Roth Jahrb. des gem. deutschen R. III S. 331 fg., Hänel ZS. f. RGesch. I S. 273 fg., Roth kr. VJS. X S. 169 fg. XII S. 597 fg. bayr. Civilr. I § 55. [2. Aufl. § 72], deutsches Privatr. II § 101. ZS. f. vergleichende RW. I S. 39 fg., und die an diesen Orten citirten Schriften, namentlich die Schrift von Schröder Geschichte des ehelichen Güterr. in Deutschland, 2 Bde., 1863—1873, und neuestens die tiefgreifenden Erörterungen von Heusler Institutionen des deutschen Privatr. II § 134 fg. (1886); andererseits Gerber Erörterungen zur Lehre vom deutschen ehelichen Güterr., akad. Programm, 1869. Deutsches Privatr. 15. Aufl. [1886] § 226. 227. Hiernach müßte, wenn man vom r. R. abgehen will, für Deutschland ein doppeltes, vielleicht ein mehrfaches gem. R. angenommen werden, dessen geographische Abgrenzung im Einzelnen aber den größten Schwierigkeiten unterliegen, und der Thatsache gegenüber, daß

machen (§ 508). Das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau ist ihr freies Vermögen oder Paraphernalvermögen (§ 507). — Auf den vermögensrechtlichen Verkehr zwischen den Ehegatten hat die Ehe nur insoweit Einfluß, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind (§ 509). — Besondere vermögensrechtliche Folgen sind endlich noch angeknüpft an die verschuldete Ehescheidung (§ 510), an die zweite Ehe (§ 511), und an die vorzeitige Wiederverheirathung (§ 512).

[Das gesetzliche Gütersystem des BGB. ist die Verwaltungsgemeinschaft (Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau) (1373 fg.); ausnahmsweise tritt Gütertrennung ein (1426 fg.); vertragsmäßige Regelung des Güterstandes ist zulässig (1432). Besonders geregelt sind als vertragsmäßige Güterstände: allgemeine Gütergemeinschaft (1437 fg.), Errungenschaftsgemeinschaft (1519 fg.), Fahrnißgemeinschaft (1549 fg.). Der Güterstand kann nicht geregelt werden durch Verweisung auf ein abgeschafftes Güterrecht (1433 Abs. 1), also auch nicht durch Verweisung auf das Dotalrecht.]

---

auf einem und demselben Gebiete sich Particularre. der entgegengesetzten Systeme begegnen (vgl. die Uebersicht in dem Aufsatz von Schröder, Verhandl. des 12. deutschen Juristentages I S. 29 fg., namentlich aber jetzt Neubauer das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht unter Benutzung amtlicher Materialien [Berlin 1878]), vielleicht unmöglich sein würde. In der That ist aber auch von der Anwendung des r. R. als gem. R., wenn sie vernünftig und mit Vorsicht geschieht, keine Schädigung des nationalen Rbewußtseins zu fürchten. Denn die Ehe ist ein so häufig vorkommendes Rverhältniß, daß, wo sich die deutschrliche Auffassung der ehelichen Vermögensverhältnisse als wirkliches Rbewußtsein aufrecht erhalten hat, leicht auch eine demselben entsprechende Uebung wird nachgewiesen werden können, und, wo dieß nicht möglich ist, der Schluß gerechtfertigt erscheint, daß es sich nicht sowohl um ein Rbewußtsein, als um eine Stimmung, Neigung, Gefühls- und Gemüthsrichtung handele, welche in ihrer Unbestimmtheit auf keine andere Berücksichtigung Anspruch machen darf, als ihr auf dem Wege der Willensinterpretation füglich verschafft werden kann (§ 494 [13]). — Das römische Dotalr. als gem. R. erkennen an: Runde eheliches Güterr. § 42 und die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Eichhorn § 301, Mittermaier § 392 und Roth IV S. 42. Dawider, daß für das r. R. eine „Vermuthung" streite, erklärt sich das Lehrbuch des deutschen Privatr. von Bluntschli § 198 Nr. 2 a. E., s. auch Beseler § 126. Ueber die frühere Doctrin und Praxis finden sich Mittheilungen in der oben citirten Schrift von Rathmann S. 116 fg.

[4] Der römische Ausdruck dos wird hier beibehalten, aber als recipirter deutscher („Dos") behandelt. Alle deutschen Ausdrücke, welche man an die Stelle dieses Ausdrucks setzen könnte: Heirathsgut, Eingebrachtes, Mitgift, Aussteuer, würden die Frage offen lassen, nach welchen rlichen Grundsätzen das Heirathsgut rc. zu beurtheilen sei, während bei der bunten Mannigfaltigkeit der in Deutschland geltenden ehelichen Güterre ein Ausdruck, welcher auf das gerade nach römischen Grundsätzen zu beurtheilende Heirathsgut hinweist, wo nicht dringendes Bedürfniß, doch entschiedene Wohlthat ist.

1. Von der Dos*.

a. Begriff.

§ 492.

Dos ist eine Vermögensvermehrung, welche dem Manne von Seiten der Frau als Beitrag zu dem ihm aus der Ehe erwachsenden Vermögensaufwand zugebracht wird[1]. [2]Wegen dieser Bestimmung

* Dig. 23, 3 Cod. 5, 12 de iure dotium. Die übrigen von dieser Lehre handelnden Titel werden im Verlauf der Darstellung angegeben werden. — Hasse das Güterr. der Ehegatten nach r. R., 1. (einziger) Band, 1824. v. Tigerström das r. Dotalr., 2 Bände, 1831. 1832. Bechmann das r. Dotalr., 1. Abth. 1863, 2. Abth. 1867 (im Druck begonnen 1865); über die 1. Abth. s. v. Scheurl kr. VJS. VI S. 1 fg. (1864), über die 2. Abth. dens. kr. VJS. XI S. 105 fg. 266 fg. 321 fg. (1869). Czyhlarz das r. Dotalr. 1870. Glück XXIV S. 425 fg. XXV S. 1—421. XXVII S. 109—454. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 405—482, Sintenis III S. 15—62, Brinz 1. Aufl. S. 1227 fg. (dazu Mandry kr. VJS. XII S. 502 fg.). 2. Aufl. III § 472—489, Dernburg III § 13—23. Rhistorischen Inhalts ist die Schrift von M. Voigt: Lex Maenia de dote vom Jahr 568 der Stadt (1866). Darüber Arndts ZS. f. RGesch. VII S. 1 fg., Czylarz S. 2 fg.; neuerdings Voigt ius naturale III S. 1182 fg. [Πολυγένης πραγματεία περὶ προῖκος τομ. I. Athen 1891 (gekrönte Preisschrift. Behandelt Begriff und Arten der dos, permutatio dotis, Verpflichtung zu Bestellung, Bestellung der dos.]

§ 492. [1] Die Bestimmung der Dos, den „onera matrimonii" zu dienen, wird in vielen Stellen der Quellen hervorgehoben. So namentlich in l. 76 D. 23, 3.: — „quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est"; l. 16 pr. D. 49, 17: — „dos . . matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus . . confertur"; s. ferner l. 11 D. 23, 4. l. 20 C. 5, 12, l. 56 § 1 D. 23, 3, l. 46 D. 10, 2, l. 65 § 16 D. 17, 2. Ja die dos wird geradezu als Aequivalent der onera matrimonii aufgefaßt, s. Note [4]. Nichtsdestoweniger hat Bechmann a. a. O. in Betreff des Verhältnisses der onera matrimonii zum Begriff der Dos eine lebhafte Polemik gegen die „herrschende Auffassung" erhoben. Bechmann möchte am Liebsten, wenigstens was das classische R. angeht, die onera matrimonii aus der Begriffsbestimmung der Dos ganz hinauswerfen, und die Dos einfach definiren als „Gabe an den Mann um der Ehe willen", obgleich er dann freilich hinzufügt: Ehe und Ehelasten seien in diesem Sinne ganz identische Begriffe, wo Ehe, da seien auch Ehelasten. Der Hauptinhalt seiner Ausführung ist folgender. a) Das als Dos Gegebene könne möglicherweise in einem einzelnen Fall gar nicht fähig sein, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu liefern, z. B. eine nuda proprietas, ein unverzinsliches Forderungsr.; deßwegen sei es nicht weniger Dos. Aber die herrschende Definition der Dos lautet auch nicht: Dos ist, was Beitrag zu den Ehelasten ist — sondern: Dos ist, was als Beitrag zu den Ehelasten, mit der Bestimmung, Beitrag zu den Ehelasten zu sein, gegeben wird. b) Der Zweck der Dos sei nicht bloß die Gewährung eines Beitrags zur Bestreitung der ehelichen Lasten; die Dos habe bei den Römern ebenso sehr die Bedeutung gehabt, der Frau eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen; sie sei ferner für die in

der Dos liegt in dem Geben einer Dos keine Schenkung an den Mann[3]; der Mann erhält in der Dos keine Bereicherung, sondern Ersatz für eine Vermögensaufopferung, welche er seinerseits übernimmt[4. 5]. Ferner wird durch diese Bestimmung der Dos bewirkt, daß der Bestand der Bestellung der Dos von dem Zustandekommen

---

der Gewalt des Vaters befindliche und in die Manus des Mannes übertretende Frau der anticipirte Antheil am väterlichen Vermögen, für die selbständige Frau das Organ gewesen, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft worden sei. Aber was die zuletzt genannten Zwecke angeht, so liegt es auf der Hand, daß sie der Dos durchaus exoterische sind, Zwecke, welche allerdings möglicherweise durch Geben einer Dos, aber ebensogut, ja noch viel unmittelbarer, durch Testament erreicht werden konnten; und die würdige Stellung im Hause des Mannes erlangt die Frau eben dadurch, daß sie dem Manne einen Beitrag zu den Kosten des gemeinschaftlichen Lebens zubringt: die Dos dient allerdings auch ihren Interessen, aber doch nur dadurch, daß sie zunächst denen des Mannes dient. Vgl. auch Scheurl VI S. 4 fg., Arndts § 395[2], Brinz 1. Aufl. S. 1228. 2. Aufl. III S. 690 fg., Czyhlarz S. 15 fg. 29 fg. — Nicht in die Begriffsbestimmung der Dos gehört — und in dieser Beziehung hat die Polemik Bechmann's Grund — das Moment, daß nach dem Willen des Gebers nur der Ertrag des Gegebenen Beitrag zu den Ehelasten sein solle. Wäre diese Beschränkung des R. des Mannes auf den Willen des Gebers zurückzuführen, so müßte dem Geber nach Beendigung der Ehe, oder jedenfalls nach Aufhören der Ehelasten, condictio sine causa (ob causam dati causa finita) zustehen, und davon weiß das r. R. nichts (vgl. andererseits l. 9 § 3 D. 23, 3). Umgekehrt heißt es in l. 1 D. 23, 3 ausdrücklich: „Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit" (vgl. Bechmann I S. 17 fg., Czyhlarz S. 20 fg., Scheurl XI S. 115, Brinz 1. Aufl. S. 1214. 2. Aufl. III S. 713.) Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Kapitals der Dos nach Beendigung der Ehe beruht vielmehr auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die Dos ergreift, so wie sie gegeben ist. Ebendeßwegen gehört die Verpflichtung nicht in die Begriffsbestimmung der Dos; diese Verpflichtung setzt eine Dos voraus und kann daher eine Dos nicht erst schaffen. Wie aber, wenn ausdrücklich ausgemacht wird, daß der Mann das Eingebrachte definitiv behalten solle: ist auch dann noch eine Dos vorhanden? Jedenfalls fallen dann alle diejenigen Rsätze weg, welche sich auf die Herausgabe der Dos beziehen, und damit der wesentlichste Inhalt des Dotalr.: im Uebrigen aber stehe ich nicht an, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine solche Gabe ist immer noch eine Gabe um der Ehelasten willen, und daher namentlich nicht als Schenkung zu behandeln ([4]). Vgl. Bechmann I S. 208. 209, Czyhlarz S. 62 fg.; auf der andern Seite Arndts § 395[2].

[2] Vgl. zum Folgenden Hasse S. 383—411, Bechmann I S. 194—220, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen S. 38—87, Savigny System IV S. 82 vgl. S. 174.

[3] a) L. 21 § 1 D. 24, 1. b) L. 25 § 1 i. f. D. 42, 8. c) L. 9 § 1 D. 12, 4, l. 5 § 5 D. 44, 4, l. 41 pr. D. 42, 1. d) L. 19 D. 44, 7. e) L. 47 pr. D. 17, 1. f) L. 8 § 13 D. 20, 6. g) L. un. § 4 [1] C. 10, 36 [35]. Ueber l. 20 C. 5, 3 f. Bechmann I S. 201.

der Ehe bez. der Gültigkeit der bestehenden abhängig ist[6], entweder nach dem Gesichtspunkt der Voraussetzung oder nach dem der Bedingung[7].

b. Bestellung.

α. Personen. Verpflichtung zur Bestellung.

§ 493.

1. Bestellt wird die Dos dem Manne; möglicherweise, wenn derselbe in väterlicher Gewalt steht, seinem Vater[1].

---

[4] Es ist bereits bemerkt worden, daß die Quellen die Dos geradezu als Aequivalent der onera matrimonii auffassen. Es heißt, daß der Mann die Dos „pro oneribus matrimonii" habe (l. 21 § 1 D. 24, 1); daß er ohne die Dos nicht geheirathet haben würde (l. 25 § 1 i. f. D. 42, 8, l. 5 § 5 D. 44, 4, l. 9 § 1 D. 12, 4); er wird mit einem Gläubiger und gar mit einem Käufer verglichen (l. 25 § 1 cit.; l. 19 D. 44, 7, l. 8 § 13 D. 20, 6). Trotzdem sieht Bechmann, der auch hier von seiner Scheu vor den onera matrimonii beherrscht bleibt, den Grund, weßwegen das Geben einer Dos keine Schenkung sei, nicht in dem Mangel der Bereicherung des Mannes, sondern darin, daß die Absicht des Gebers nicht auf eine Bereicherung schlechthin, sondern auf eine Bereicherung zum Zweck des Herstellens einer dotirte Ehe gerichtet sei. Allerdings würde auch dieser Gesichtspunkt hinreichen, den Begriff der Schenkung auszuschließen, wenn auch in der Dos eine Bereicherung für den Mann läge (§ 365 [4]). — Bei der Dos, welche von der Frau selbst gegeben wird, kommt als Grund, weßwegen sie keine Schenkung ist, hinzu die der Frau obliegende natürliche Verpflichtung zum Geben einer Dos, l. 32 § 2 D. 12, 6, vgl. § 289 [6].

[5] Dagegen liegt in der Bestellung einer Dos durch einen Dritten eine Schenkung an die Frau, oder sie kann wenigstens darin liegen. L. 33 i. f. l. 43 § 1 D. 23, 3, l. 25 § 1 D. 42, 8, l. 31 pr. C. 5, 12, l. un. § 13 C. 5, 13, Vat. fr. 305. 306. Vgl. Bechmann I S. 211 fg., Scheurl VI S. 35 fg., Bechmann II S. 36—41, Scheurl XI S. 109 fg. 119 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1241. 1250. 2. Aufl. III S. 708 fg., Czyhlarz S. 54 fg., Lotmar Causa S. 145 fg. [Burckhard zu Fr. Vat. 269. Ein Beitrag zur Lehre v. d. Schenkung u. d. Dos. S. A. aus Würzb. Festg. f. Dernburg 1900.]

[6] „Neque enim dos sine matrimonio esse potest", l. 3 D. 23, 3.

[7] L. 7 § 3. l. 9 pr. D. 23, 3. Für die Voraussetzung (§ 427 [12]) spricht die Vermuthung, wenn die Dos sofort hingegeben worden ist. L. 8 D. 23, 3. „Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur". L. 1 § 2. 3 D. 41, 9. Anders jedoch dann, wenn nicht das Hingegebene selbst, sondern sein Geldwerth Dos sein soll. l. 10 § 4. 5 D. 23, 3, l. 17 § 1 eod., l. 2 D. 41, 9, Vatr. fr. 111. Anders auch bei dem Versprechen einer Dos, l. 21. l. 41 § 1. l. 68 D. 23, 3, l. 36. 37. 80. 83 eod., l. 4 § 2 D. 2, 14, vgl. § 494 [4]; ferner bei der Bestellung einer Dos durch Schulderlaß, l. 43 pr. D. 23, 3, vgl. l. 10 D. 12, 4. Windscheid Voraussetzung S. 146—148, Erxleben condictiones sine causa II S. 92 fg. 486, Bechmann II S. 8—16, Czyhlarz S. 141—148, Scheurl XI S. 108—109.

§ 493. [1] In diesem Falle hat aber nach dem Tode des Vaters der Mann, soweit er nicht selbst Erbe ist, gegen die Erben des Vaters einen Anspruch auf Heraus-

2. Bestellt wird die Dos entweder von der Frau selbst oder für sie von einem Dritten[2].

3. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos dem Manne gegenüber ist nur die Frau, und auch sie nur in natürlichem Sinne[3]. Dagegen hat die Frau ihrerseits einen Anspruch auf Gewährung einer Dos: a) gegen ihren Vater und ihre väterlichen Ascendenten[4], eigene Vermögenslosigkeit vorausgesetzt[5]; b) in außerordentlichen

---

gabe der Dos. L. 20 § 2. l. 46. l. 51 pr. D. 10, 2, l. 85 D. 35, 2, l. 1 § 9 D. 33, 4 („sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, utili actione"), l. 1 § 13 eod. Bechmann I S. 26 fg. II S. 45 fg. 278 fg., Scheurl VI S. 8 fg. XI S. 113 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1229 fg. [2. Aufl. III § 473, 1], Czyhlarz S. 17 fg. 23 fg. 321 fg., Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 288 fg.

[2] „Pro muliere", „nomine mulieris". Vgl. z. B. l. 5 § 11. l. 9 pr. l. 29. l. 44. l. 48 § 1. l. 58 pr. l. 59 § 2 D. 23, 3. L. 9 C. 5, 14: — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre". Vgl. Buchka Stellvertretung S. 93 fg., Jhering Jahrb. für Dogm. II S. 96 fg., Bechmann II S. 33 fg., Scheurl XI S. 109 fg. — Die von dem Vater oder einem väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt dos profecticia, jede andere dos adventicia. „Ulp. VI, 3, l. 5. l. 6 pr. § 1 D. 23, 3, l. 6 D. 37, 6. Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, l. 5 cit. § 11. Bechmann II S. 423 fg., Czyhlarz S. 313 fg.

[3] L. 32 § 2 D. 12, 6. S. § 289, 3. Erfüllt die Frau, obgleich sie Vermögen hat, diese ihre Verbindlichkeit nicht, so darf der Ehemann seinerseits ihr die Alimentation verweigern; er ist verpflichtet, die onera matrimonii zu tragen, aber nur von seinem in angemessener Weise durch die Frau verstärkten Vermögen.

[4] Zuerst eingeführt durch die lex Iulia et Papia Poppaea für die Tochter unter Gewalt, unter dem Gesichtspunkt, daß der Vater durch Verweigerung einer Dos der — nothwendig vermögenslosen — Tochter die Eingehung einer Ehe unmöglich mache. L. 19 D. 23, 2. Die spätere Ausdehnung auf emancipirte Töchter ist nicht unbestritten. Einen sicheren Beweis für diese Ausdehnung gewähren allerdings weder l. 6 D. 37, 6, noch, worauf man sich gewöhnlich beruft, l. 7 C. 5, 11; doch halte ich für entscheidend, daß auch die der emancipirten Tochter gegebene Dos dos profecticia ist und dem Rückfallsr. des Vaters unterliegt (oder doch nach classischem Re unterlag). Vgl. l. 71 D. 21, 2. S. auch Nov. 97 c. 5. Hasse S. 348—351, Glück XXV S. 62 fg., Czyhlarz S. 173 fg.

[5] L. 7 C. 5, 11. Diese Stelle, eine Decision von Justinian, will die Frage entscheiden, wann angenommen werden dürfe, daß die vom Vater gegebene Dos nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Vermögen der Tochter gegeben sei: sie hätte sich unmöglich so ausdrücken können, wie sie sich ausdrückt, wenn sie davon ausgegangen wäre, daß der Vater unter allen Umständen eine Dos geben müsse. Glück XXV S. 69 fg., Vangerow I § 216 Anm. 1, Sintenis § 132[43] (welcher mit Recht auch auf die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit des Vaters aufmerksam macht), Czyhlarz S. 173. Sf. I. 238, VII. 60, XXXIV. 49 Nr. 1. — Fernere Fragen: 1) Größe der zu gewährenden Dos? L. 60. l. 69 § 4. 5 D. 23, 3, l. 43 D. 31. Sf. VII. 60, XIV. 141,

Fällen in gleicher Weise gegen ihre Mutter[6]; und endlich kann c) nach einem unzweifelhaften Gewohnheitsrecht die verführte unbescholtene Jungfrau oder Wittwe von dem Verführer verlangen, daß er sie entweder eheliche oder ihr durch Gewährung einer Dos die Eingehung einer anderen Ehe ermögliche[7].

[BGB. vgl. II S. 889 unter b. BGB. 1620 fg. Süßheim ACPra. LXXXIX S. 389 fg.]

XX. 44, XXXIV. 49 Nr. 3, XXXVIII. 318. 2) Ist der Vater zur Dotation auch bei bereits bestehender Ehe, und ist er auch zur Wiederbestellung einer Dos nach Verlust der ersten verpflichtet? Glück XXV S. 76 fg., Sintenis § 132[17], Vangerow I § 216 Anm. 2, Czyhlarz S. 176 fg. Sf. XII. 60.

[6] L. 14 C. 5, 12. „Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa". Ich glaube nicht, daß als „magna et probabilis causa" schon erachtet werden darf, wenn die Tochter einfach kein Vermögen hat und auch vom Vater ꝛc. keine Dos zu erlangen ist; sondern es muß irgend ein anderer Umstand hinzukommen, welcher die Verweigerung der Dotirung als eine ganz besondere Lieblosigkeit erscheinen läßt. Czyhlarz S. 175. Vgl. übrigens auch Glück XXV S. 97. 98, Sintenis § 132[44]. Die einzige „causa lege expressa" steht in l. 19 § 3 [1] C. 1, 5: die nicht rechtgläubige Mutter soll die rechtgläubige Tochter dotiren — und diese Vorschrift ist heutzutage unanwendbar (I § 55). — Ueber die auf Grund von l. 12 § 3 D. 26, 7 von Manchen gemachte Annahme einer Dotationspflicht des Bruders s. Hasse S. 358 fg., Glück XXV S. 99 fg., Vangerow I § 216 Anm. 1, Arndts § 396[3], Czyhlarz S. 175.

[7] Dieses Gewohnheitsr. gründet sich auf c. 1. 2 X. 5, 16, welche Stellen aber den bezeichneten Satz nicht enthalten. Denn in der ersten heißt es: „dotabit eam, et habebit uxorem"; die zweite droht bei Verweigerung der Ehe Strafe. Vgl. über das Nähere dieser Lehre Glück XXVIII S. 150—183 und die das. Citirten, ferner Busch Darstellung der Re geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer ꝛc. (1828), Gett die Rverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 6—84 (1836), Sintenis III S. 26—29, Seuffert Pand. II § 427, Holzschuher I S. 415—428, Stobbe III § 204. Sf. I. 230. 231, IX. 163. 164. 295. 296, XIII. 145, XXIII. 140. 141; I. 230. 232, VI. 200, VII. 48. 183, IX. 294, XXIX. 241, XXX. 33; I. 229, IX. 295. 296, XIV. 39. 40, XXX. 33 [[XLVI. 99]]; IX. 164, X. 52, XIII. 316, vgl. IX. 36. — Die zuletzt genannten Urtheile beziehen sich auf die Frage, ob der Anspruch der Verführten auf ihre Erben übergehe? Man hat dieß geleugnet, indem man den Anspruch unter den Gesichtspunkt einer actio vindictam spirans gestellt hat (Kierulff S. 227 Note, Wächter Württemb. Privatrecht II S. 533[53], Köppen Erbr. S. 178[20]) [Lehrb. d. Erbr. S. 36[2]]; aber diese Auffassung des Anspruchs läßt sich als eine gewohnheitsrlich begründete nicht nachweisen. S. Glück a. a. O. S. 170 fg. (welcher selbst aber verlangt, daß die Verführte wenigstens sich über die Absicht der Geltendmachung ihres Anspruchs bei ihren Lebzeiten erklärt habe), Busch § 87. 90, Gett S. 33, Seuffert Note [19], Sintenis Anm. [50 a. E.], Stobbe Nr. 5. Von den oben bezeichneten Urtheilen ist nur das erste gegen die Vererblichkeit. — Ueber die Frage, ob auch der verheirathete Verführer zur Dotirung verpflichtet ist, Böker Magazin für das deutsche R. der Gegenwart XII S. 287 fg.

β. Act der Bestellung.

§ 494.

Bestellt wird die Dos dadurch, daß dem Manne eine Vermögensvermehrung als Beitrag zu dem Eheaufwand (§ 492 Note 1) verschafft und von dem Manne als in diesem Sinne verschafft angenommen wird[1]. Worin die Vermögensvermehrung besteht, ist gleichgültig; eine Dos kann nicht nur durch Verschaffung des Eigenthums[1a] bestellt werden, sondern namentlich[2] auch: durch Verschaffung eines Rechtes an fremder Sache[3]; durch Verschaffung eines Forderungsrechtes, gegen deu Bestellenden[4] oder gegen einen Dritten[5];

[1] Die Bestellung der Dos ist immer ein zweiseitiger Act. Der Ehemann hat als Dos nur, was er als Dos haben will. Man kann nicht sagen, daß ihm Etwas als Beitrag zu dem Eheaufwand zugebracht sei (§ 492), was er nicht als solchen Beitrag angenommen hat. Der aufgestellte Satz wird bewiesen durch l. 46 pr. D. 23, 3. Scheurl XI S. 113, Czyhlarz S. 178 fg. § 494.

[1a] Der gewöhnliche Fall, s. z. B. l. 7 § 3 D. 23, 3, l. 47 § 6 D. 15, 1, Gai. II, 63. Nuda proprietas: l. 4 D. 23, 3, l. 17. 18 C. 5, 12. — Auch wenn dem Manne eine bloße bonae fidei possessio verschafft worden ist, greifen die Dotalgrundsätze Platz, l. 12 pr. D. 6, 2, l. 6 § 1 D. 23, 3. Vgl. Hasse S. 241, Bechmann II S. 58—59, Czyhlarz S. 86.

[2] Im Uebrigen vgl. § 365 Abs. 2, Bechmann II S. 49 fg., Czyhlarz S. 91 fg. — Bechmann S. 54, Scheurl S. 114, Brinz 1. Aufl. S. 1252 [2. Aufl. III § 480] behaupten, daß eine Dos nur durch Verschaffung von Rен, nicht durch Einräumung factischer Vortheile, z. B. Gewährung einer unentgeltlichen Wohnung, bestellt werden könne. Ich bin anderer Meinung. Bechmann beruft sich auf die causa perpetua der Dos; s. dagegen § 492 [1 a. E.]. Scheurl, welcher den Grund Bechmann's verwirft, macht geltend, daß die Dos ihrem Begriffe nach ein Kapital sei, welches bei unversehrtem Bestande Erträgnisse abwerfe. Auch das halte ich für irrig. Daraus, daß, wenn ein Kapital Dos ist, der Mann nur den Genuß hat (wirthschaftlich gedacht), folgt nicht, daß nur ein Kapital Dos sein kann. Der Mangel der Rückgabeverpflichtung schließt den Begriff der Dos nicht aus, wie schon oben (§ 492 [1 a. E.]) bemerkt worden ist. In dem speciellen Fall, wo dem Manne eine unentgeltliche Wohnung gewährt wird, hat er jedes Jahr als Vermögensvermehrung so viel, als er sonst für eine Wohnung ausgegeben haben würde. Freilich zweifelt Scheurl, ob eine Dos „blos durch eine Verpflichtung zu periodischen Leistungen auf eine gewisse Anzahl von Jahren oder das Geben eines Nießbrauchs auf bestimmte Zeit bestellt werden könnte". Danach wäre also auch der Gegensatz von R. und Thatsache nicht entscheidend, und eine unentgeltliche Wohnung auf die Dauer der Ehe würde Scheurl als Dos anerkennen. Ich meine, daß gerade diese Consequenz, zu welcher sich Scheurl gedrängt fühlt, gegen ihn beweist. Brinz eignet sich Scheurl's Grund an und beruft sich zugleich auf Bechmann.

[3] L. 7 § 2. l. 66. l. 78 § 2 D. 23, 3, l. 57 D. 24, 3; vgl. l. 4 D. 23, 4.

[4] Der Besteller kann entweder abstract versprechen, oder mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigend verstandenen l. 23 D. 23, 3). Zusatz: als Dos

durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[6] oder von einer Schuld[7]. Eine Dos kann ferner bestellt werden nicht bloß durch directe, sondern auch durch indirecte Zuwendung[8], und nicht bloß durch Willenserklärung unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß[9]. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, ohne daß jedoch dadurch eine Gesammtnachfolge begründet wird[10]. — Ein besonderer Fall der Bestellung einer Dos ist der, wo etwas unter Veranschlagung zu Geld hingegeben wird, mit der Bestimmung daß nicht das Hingegebene selbst, sondern die Anschlagssumme Dos sein solle. Ein solches Geschäft ist Bestellung einer Dos mit vorhergehendem Verkauf[11]. —

(dotis nomine), s. z. B. l. 36. l. 48 pr. D. 23, 3. Der letzte Fall ist derjenige, in welchem der Bestand der Ehe für den Bestand des Versprechens Bedingung ist (§ 492 [7]): l. 21. l. 41 § 1. l. 68 D. 23, 3.

[5] Namentlich (vgl. übrigens § 365 [10]) durch Cession (l. 69 § 1 D. 23, 3. l. 2 C. 4, 10), oder durch Delegation (l. 36. 37. l. 56 pr. l. 78 § 5. l. 80. 83 D. 23, 3). Auch der Delegirte kann abstract versprechen oder dotis nomine; vgl. l. 36. 37. 80. 83 D. 23, 3, l. 7 pr. D. 12, 4.

[6] L. 78 pr. D. 23, 3, l. 57 D. 24, 3.

[7] L. 41 § 2. l. 43 pr. D. 23, 3, l. 10 D. 12, 4; l. 12 § 2 D. 23, 3; l. 44 § 1. l. 46 § 1. l. 57. l. 58 § 1. l. 77 D. 23, 3. Bechmann II S. 110 fg., Czyhlarz S. 125 fg.

[8] Indirecte Zuwendung: a) durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern, namentlich (vgl. § 365 [15]) durch Ausschlagung eines Erwerbes (l. 5 § 5 D. 23, 3, l. 14 § 3 D. 23, 5, vgl. Bechmann II S. 123 fg., Jhering Jahrb. für Dogm. X S. 307 fg.), durch Bestimmung eines Dritten zur Leistung an den Mann (Note [5], l. 5 § 1 D. 23, 3, l. 9 pr. D. 12, 4); b) durch Leistung an den Mann in der Person eines Dritten (l. 19. l. 59 pr. D. 23, 3, l. 14 pr. D. 23, 5).

[9] L. 48 § 1 D. 23, 3, l. 69 § 2 D. 30, l. 71 § 3 D. 35, 1. Hasse S. 319—334, Bechmann II S. 126 fg., Czyhlarz S. 137 fg., Unger österr. Erbr. § 75 [3] fg., Jhering Jahrb. für Dogm. XXIV S. 151 fg.

[10] L. 72 pr. D. 23, 3, l. 4 C. 5, 12, l. 13 § 10 D. 5, 3. In Betreff des Näheren s. das in § 368 für die Schenkung Ausgeführte, was in gleicher Weise auch hier gilt.

[11] L. 10 § 5 D. 23, 3: — „aestimatio venditio est“. Der Besteller überläßt dem Manne das Hingegebene für den vereinbarten Kaufpreis, und bestimmt zugleich, daß der Mann den Kaufpreis nicht zu bezahlen brauche, sondern als Dos behalten solle. Consequenzen aus dem Gesichtspunkt des Kaufes: a) actio ex emto, l. 1. 10 C. 5, 12; b) der Mann trägt die Gefahr schon vor der Tradition, l. 10 C. cit., l. 14. 15 D. 23, 3; c) er erhält andererseits das commodum rei, l. 10 C. cit., l. un. § 9 C. 5, 13; d) er hat einen Anspruch wegen Entwehrung nach den Grundsätzen des Kaufs, l. 16 D. 23, 3 l. 1 C. 5, 12. e) usucapio pro emtore, l. 2 D. 41, 9. Andererseits ist das Geschäft doch kein reiner Kauf, sondern ein Kauf eben zum Zweck der Bestellung einer Dos, „non simplex venditio sed dotis causa“, l. 16 D. 23, 3. Daher wird bei Unangemessenheit

Die Bestellung einer Dos braucht nicht ausdrücklich zu geschehen; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Dieß ist bereits im römischen Recht für den Fall anerkannt, wo die Frau nach der Scheidung mit dem nämlichen Manne eine neue Ehe eingeht, ohne die Dos der früheren Ehe zurückgefordert zu haben: es soll dann angenommen werden, daß sie die Dos auch für die neue Ehe habe geben wollen[12]. Nach heutigem Recht muß man weiter gehen und eine stillschweigende Bestellung einer Dos in allen Fällen annehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird[13].

---

des vereinbarten Kaufpreises dem Benachtheiligten in einer Weise geholfen, welche weit über die Grundsätze des Kaufvertrags hinausgeht, l. 12 § 1 D. 23, 3, l. 6 C. 5, 18, vgl. l. 6 § 2 D. 23, 3. Ferner: was der Mann im Fall der Entwehrung über den vereinbarten Preis erlangt, ist ebenfalls Dos, l. 16. 52 D. 23, 3 (§ 500 [12]). Modificationen des Geschäfts: 1) es soll die bezeichnete Geldsumme in Sachen derselben Art, wie die hingegebenen, zurückgegeben werden, l. 18 D. 23, 3, l. 66 § 3 D. 24, 3; 2) es soll entweder das Hingegebene oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden, l. 10 § 6. l. 11 D. 23, 3, l. 11 D. 23, 5, l. 1 C. 5, 23, Vat. fr. § 114. Vgl. hierzu l. 54 § 2 D. 19, 2 (§ 400 [22]) — und über das Ganze Czyhlarz ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XX S. 1 fg., Bechmann II S. 212 fg., Czyhlarz (Dotalr.) S. 151 fg., Bechmann Kauf II S. 562 fg.

[12] L. 13. 30. 40. 64. l. 69 § 2 D. 23, 3, l. 19. l. 66 § 5 D. 24, 3; vgl. l. 63 D. 23, 3. Hasse S. 452—474, Bechmann II S. 138 fg. 404 fg.

[13] An diesem Punkte darf, glaube ich, und muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensres hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse (§ 491 [3]). Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist, daß das Vermögen beider Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrliche Rform aber zur Befriedigung dieses Zuges ist das r. Dotalr. (§ 491 [3]). — Gegen den im Texte aufgestellten Satz kämpft auf das Lebhafteste Bechmann Jahrb. des gem. R. V S. 271 fg., und vom Standpunkt des r. R. unwiderleglich richtig; das heutige R. läßt Bechmann unberücksichtigt (ebenso Czyhlarz S. 162 fg.). Anders Hasse S. 412 fg., welcher ausdrücklich sagt, daß der aufgestellte Satz nur vom Standpunkte des r. R. unrichtig sei. „Was hier die Praxis aber entschuldigen, ja, wenn man über die Quelle, aus der sie ihre Regeln herleitet, hinwegsieht, rechtfertigen kann, wird erst in einem folgenden Theil sich zeigen lassen" (S. 412 [445]). Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten in der Hauptsache: Glück XXV S. 220 fg. XXIV S. 434, Sintenis § 132 [71. 72]; und s. jetzt auch Bechmann Dotalr. II S. 138. Angaben über die ältere Literatur bei Glück XXV S. 221. 222 und in der § 491 [3] citirten Schrift von Rathmann. Vgl. auch Holzschuher I § 58 Nr. 12, Puchta § 414, [d]; andererseits Arndts § 398 [7], Roth III § 96 [21], Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 67. 68. Mecklenb. ZS. f. RPflege II S. 22.

γ. Verpflichtung aus der Bestellung.

§ 495.

Aus der Bestellung der Dos kann sich möglicherweise eine Verpflichtung für den Besteller ergeben[1]. Es ist dieß der Fall: a) wenn die Bestellung der Dos dadurch geschieht, daß Etwas als Dos versprochen wird[2]; b) wenn die Bestellung der Dos in der Erklärung besteht, daß Etwas Dos sei oder sein werde oder als Dos gegeben werde, und durch diese Erklärung der beabsichtigte rechtliche Zustand nicht sofort auch bewirkt wird[3]. — Hierfür gelten folgende nähere Grundsätze.

Dernburg III § 11 [4], Brinz 2. Aufl. III S. 732. Sf. XXVII. 141, XXIX. 145, XXXII. 55. 56. [LIV. 227.] RG. XIV S. 221.

§ 495. [1] Vgl. hierzu das § 366 in Betreff der Schenkung Gesagte.

[2] Dotis promissio. Es ist schon bemerkt worden (§ 494 zu [4]), daß bereits in der dotis promissio eine dotis constitutio liegt; d. h. das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsr. steht schon unter Dotalgrundsätzen. L. 41. l. 44 § 1 D. 24, 3, l. 33. 49 D. 23, 3. Hasse S. 264—290. Sf. XXXVII. 226. — Das Dotalversprechen war schon nach r. R. ohne alle Form verbindlich, l. 6 C. 5, 11 (Theodos. II et Valentin. III a. 428; s. übrigens auch Dioclet. et Maxim. l. 4 eod.). Nach einer verbreiteten Behauptung (v. Löhr ZS. f. CR. u. Pr. I S. 227 fg., Puchta § 415 [b], Sintenis § 132 [33], Holzschuher I § 58 Nr. 10. a soll es auch der Annahme von Seiten des Mannes nicht bedürfen. Diese Behauptung wird schon durch das § 494 [1] Gesagte widerlegt, aber auch abgesehen hiervon durch das für sie Vorgebrachte nicht bewiesen. Man stützt sie auf den in l. 6 C. cit. vorkommenden Ausdruck pollicitatio, welcher aber hier, wie in l. 25 C. 4, 29, nicht in technischem Sinn (§ 304 [3]) und offenbar nur deßwegen gebraucht ist, um die in der folgenden Note erwähnte Dotalzusage (dotis dictio, s. die ursprüngliche Gestalt der l. 6 C. cit. in l. 4 C. Th. 3, 13) mit zu treffen. In anderen Stellen ist geradezu pollicitatio für dictio interpolirt, so in l. 1 § 8 D. 37, 7, l. 1. 13 C. 5, 12. Vgl. auch Unterholzner II S. 424, Arndts § 397 Anm. 2, Bechmann II S. 104 fg., Czyhlarz S. 123 fg. [Gläubiger aus der dotis promissio nur der Mann: Sf. LI. 32.]

[3] Beispiele aus den Quellen: l. 25. l. 44 § 1. l. 46 § 1. l. 57. l. 59 pr. D. 23, 3. Im älteren r. R. wurde durch eine solche Zusage — dotis dictio — nur die Frau selbst, ihr Vater, Großvater ꝛc. und ihr Schuldner verpflichtet. Ulp. VI, 2, ep. Gai. II, 9 § 3. In der Justinianischen Compilation ist der Ausdruck dotis dictio überall durch Interpolation beseitigt, s. die zu Anfang dieser Note und in Note [2 a. E.] citirten Stellen. Die dotis dictio als besonderes Rsinstitut war durch das in der vorigen Note genannte Gesetz überflüssig gemacht; vielleicht auch, daß für die dotis dictio Besonderes galt, was nun überflüssig sein sollte wie z. B., was sehr wahrscheinlich und fast sicher ist, persönliche Gegenwart der Parteien und mündliche Rede. Die Behauptung, daß die dotis dictio ohne Annahme verbindlich gewesen sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Vgl. überhaupt: Meykow die Diction der römischen Brautgabe (1850), Czyhlarz ZS. f. RGesch. VII S. 243 fg., Hasse S. 291 fg., Bechmann

1. Aus der Bestellung einer Dos entsteht deßwegen nicht weniger eine Verbindlichkeit, weil die Bestellung ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes erfolgt ist; es ist in diesem Falle eine den Verhältnissen angemessene Dos zu leisten[4].

2. Die Verpflichtung des Bestellers geht bei körperlichen Sachen auf Verschaffung von Eigenthum, und zwar von solchem Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt[5]. Ist Eigenthum dieser Art

II S. 88 fg., Scheurl XI S. 120 fg., Czyhlarz S. 113 fg.; Arndts § 397 [2] neuestens Czyhlarz Jahrb. f. Dogm. XIII S. 23, Karlowa Rgeschäft S. 272, Voigt ius naturale III S. 178, Bernstein zur Lehre von der dotis dictio, Berlin 1884 (aus der Festgabe für Beseler — dazu Kohler ZS. f. HR. XXXIII S. 135).

[4] Es ist in den Quellen anerkannt, daß, wenn Jemand als Dos verspreche: „quodcunque arbitratus fuisset", dieses arbitrium als arbitrium boni viri zu verstehen sei, l. 3 C. 5, 11 (vgl. l. 24 pr. D. 19, 2, l. 22 § 1 D. 50, 17). L. 69 § 4 D. 23, 3 sodann sagt, daß das Gleiche gelte „arbitrio quoque detracto". Man hat zwar diese letztere Entscheidung auf denjenigen Fall beschränken wollen, von welchem die genannte Stelle unmittelbar spricht, den Fall, wo das Versprechen von dem Vater der Frau geleistet worden ist, indem man nämlich den Grund der Entscheidung in der dem Vater obliegenden Dotationsverbindlichkeit gefunden hat: aber die Stelle selbst gibt als Grund ihrer Entscheidung einen ganz anderen an, nämlich daß in dem Betrage des Vermögens des Vaters und dem Stande des Mannes Anhaltspunkte zur Bestimmung der Größe der Dos gegeben seien. Andererseits rescribirt nun allerdings in l. 1 C. 5, 11 K. Alexander in Betracht des von einer Ehefrau ohne Bezeichnung einer „species" oder „quantitas" gegebenen Dotalversprechens, daß dasselbe unverbindlich sei, und man hat daher wenigstens für die Ehefrau eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel geltend machen wollen. Aber wenn man die Auslegung, daß das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung als das Versprechen einer angemessenen Dos zu verstehen sei, überhaupt als eine natürliche und von der Billigkeit geforderte anerkennt, so wüßte ich keinen Grund, weßwegen diese Auslegung nicht auch bei der Ehefrau, der doch sogar eine, wenn auch nur natürliche, Verbindlichkeit zur Leistung einer Dos obliegt, durchgeführt werden sollte. Ich halte es daher für weit wahrscheinlicher, daß in l. 1 C. cit. ein principiell verschiedener Standpunkt vertreten ist, und daß also hier eine Antinomie vorliegt und die bezeichneten Stellen sich gegenseitig aufheben. Welche Entscheidung dabei wir unsererseits zu treffen haben, kann unmöglich zweifelhaft sein; es hindert uns durchaus nichts, die zuvor bezeichnete natürliche und billige Auslegung in einem gegebenen Falle wirklich zur Anwendung zu bringen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Hasse S. 369 fg., Glück XXV S. 169 fg., Sintenis § 132 [87], Puchta § 415 [f], Arndts § 397 [3], Bechmann II S. 64—71, Scheurl XI S. 117, Brinz 1. Aufl. S. 1261. 2. Aufl. III S. 734, Czyhlarz S. 100 fg. Sf. II. 189.

[5] Eigenthum: die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet, auf den Besteller einer Dos zu übertragen, halte ich trotz des § 492 [4] bezeichneten Gesichtspunktes nicht für gerechtfertigt. L. 1 C. 5, 12 steht nicht entgegen; diese Stelle sagt nicht, daß der Besteller bloß wegen Entwehrung hafte. Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt: gemäß

nicht verschafft worden, so haftet der Besteller auf das Interesse des Mannes, bei generisch bestimmten Sachen nach Wahl desselben auch auf Geben einer anderen Sache bez. anderer Sachen derselben Art[6]. Bei cedirten Forderungen haftet der Besteller für juristische Existenz[7]; für factische Realisirbarkeit nur dann, wenn der Cession die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos, oder aus der Bestellung die Verpflichtung zur Verschaffung einer nicht individuell bestimmten Forderung vorherging[8].

---

der Regel, § 342 [5. 6]. Die herrschende Meinung läßt den Besteller nur wegen Eviction haften. — Die herrschende Meinung geht aber noch weiter und läßt auch diese letztere Verpflichtung nur im Falle eines vorhergegangenen Dotalversprechens (oder, wie Einige hinzufügen, einer gesetzlichen Dotationsverpflichtung), nicht aber in dem Falle eintreten, wo ohne vorhergehende Verpflichtung eine Sache sofort zur Dos gegeben worden ist. Man stützt diese Beschränkung auf l. 1 cit., welche sie allerdings wörtlich enthält, und welche von dem Standpunkte des zu ihrer Zeit geltenden R. nicht anders entscheiden konnte. Aber ebenso unzweifelhaft scheint es mir, daß anders entschieden werden muß, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründet die Uebergabe einer Sache zur Dos gerade so gut eine Verpflichtung, wie das Dotalversprechen. Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird? Man wird auch nicht die Analogie der Schenkung anziehen dürfen (§ 366 [7]: „der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat"); denn die Bestellung einer Dos ist eben keine Schenkung' (§ 492 [3. 4]). Uebrigens würde aus diesem Argument sich ergeben, daß auch aus dem Dotalversprechen nicht wegen Eviction gehaftet werde, und wirklich ist dieser Satz aufgestellt worden, indem man nämlich das in l. 1 C. /cit. erwähnte Versprechen von einem Evictionsversprechen hat verstehen wollen. S. noch l. un. § 1 C. 5, 13. Auch l. 34 D. 23, 3 (Schlußworte interpolirt? vgl. Vat. fr. 269). Literatur: Glück XX S. 206. XXV S. 90 fg., Unterholzner II § 549, Sintenis § 132 [80], Arndts § 403, Vangerow I § 217 Anm. 2, Holzschuher I § 58 Nr. 15, Bekker Jahrb. des gem. R. VI S. 262. 263; neuerdings Arndt ACPra. L S. 150 fg. (vgl. 342 [6b]), Bechmann II S. 229, Czyhlarz S. 208 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1261 fg. 2. Aufl. III S. 734 fg., Dernburg III § 16 [6]. Ferner handeln von diesem Gegenstand zwei Abhandlungen im Arch. giur. von Cogliolo XXIX p. 153—173 (1882) und von Fadda XXXI p. 359—398 (1883). [Gérardin Nouv. Rev. hist. de droit fr. et étr. XX p. 1 s. 1896. Coerrens Evictionspflicht bei der dos. Erl. Diss. 1895.]

[6] Es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie bei der Schenkung und beim Kauf (§ 366 [8], § 391 [37a]).

[7] Es darf auch hier (vgl. Note [5 a. E.]) nicht die Analogie der Schenkung zu Grunde gelegt werden.

[8] Für die factische Realisirbarkeit haftet nicht einmal der Verkäufer (§ 397 [3]). Wer aber zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, muß das Vermögen des

3. Der Besteller haftet nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen solcher Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt[9]. Auf Früchte und Zinsen haftet er auch abgesehen von dem Fall des Verzuges dann, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre nach Eingehung der Ehe in Rückstand bleibt; der Zinsfuß beträgt in diesem Falle 4%[10].

4. Ueber die dem Besteller zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft s. § 297 Note 12. 13.

5. Die Forderung gegen den Besteller ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an dessen gesammtem Vermögen[11].

c. Rechtsverhältniß.

α. Während bestehender Ehe.

§ 496.

Die Bestimmung der Dos ist, dem Manne Beitrag zu sein zu dem Eheaufwand (§ 492). Jedoch gewährt das Recht dem Manne zu diesem Ende nur den Ertrag der Dos[1], so daß das Kapital der Frau verbleibt. Die Form aber, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nicht der eines ehemännlichen Nießbrauchs; vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als Dos Gegebene für die Dauer der Ehe zu vollem Rechte[3], und legt ihm nur die Verpflichtung auf, nach Auflösung der Ehe das empfangene Kapital wieder herauszugeben[3.4]

Mannes in gewissem Maße vermehren, und das thut er nicht durch Verschaffung einer uneinziehbaren Forderung. Ebenso, wer versprochen hat, eine gewisse Summe als Dos in Forderungen zu geben, hat versprochen, diese Summe in guten Forderungen zu geben. Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 23 fg.

[9] Er haftet nicht bloß wegen Arglist: er hat nicht geschenkt, und man kann nicht sagen, daß „nulla eius utilitas versatur“ (§ 265 [12], § 492 [3. 4]). Von der andern Seite darf er nicht härter behandelt werden, als der Mann selbst; auch sonst wird in den Quellen die Verpflichtung des Bestellers und des Empfängers der Dos vielfach parallelisirt (l. un. § 1 C. 5, 13, § 7 eod. vgl. mit l. 31 § 2 C. 5, 12, § 267 [12. 13]).

[10] L. 31 § 2 C. 5, 12. Vgl. § 278 [13. d.]; Glück XXV S. 181 fg., Sintenis § 132 [68], Bechmann II S. 72—75, Scheurl XI S. 118, Czyhlarz S. 105—108. Sf. XII. 116.

[11] L. un. § 1 C. 5, 13. S. I § 232 [15].

[1] L. 7 pr. D. 23, 3. „Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere“. L. 10 § 3 eod.: — „quia fructus dotis ad eum pertineat“. § 496.

§ 497.

Wie der Mann das ihm als Dos gegebene während bestehender Ehe in jeder anderen Beziehung zu vollem Rechte hat[1], so steht

[2] S. z. B. § 40 I. 2, 1, l. 47 § 6 D. 15, 1, l. 3 § 21 D. 41, 2, l. 13 § 2 D. 23, 5, l. 9 § 1. l. 75 i. f. D. 23, 3, l. 23 C. 5, 12.

[3] Es tritt somit hier das R. in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung (vgl. I § 148 [12], II § 287 [1]), die nicht auf die Rform sieht, sondern auf das praktische Resultat, welchem die Rform dient. Dieser natürlichen Auffassung hat den schärfsten Ausdruck gegeben Justinian in l. 30 C. 5, 12. — „cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est". Und sodann: „sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intellegatur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse . . .": Aber auch schon bei den classischen römischen Juristen findet sich diese natürliche Auffassung hervorgehoben. S. l. 3 § 5 D. 4, 4: — „quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est; l. 75 D. 23, 3.: — „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est"; l. 71 D. 21, 2: — „mulieris dos est"; l. 4 D. 37, 6: — „in matrisfamilias bonis esse dos intellegatur". L. 7 § 12. l. 24 § 5 D. 24, 3. Vgl. l. 4 D. 11, 7: — „naturaliter . . videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur". — Bechmann I S. 132 fg. hat sich große Mühe gegeben, die Bedeutung der bezeichneten Aeußerungen möglichst abzuschwächen, auch hier unter dem Einfluß seiner Abneigung gegen die onera matrimonii (§ 492 [1]). S. gegen denselben auch Scheurl VI S. 28 fg. (vgl. XI S. 110). Von der anderen Seite hat es umgekehrt von jeher nicht an Solchen gefehlt, welche diesen Aeußerungen Einfluß auf die juristische Construction gestattet haben, und daher dem Manne nur Nießbrauch, oder doch auch der Frau Eigenthum, ein dominium naturale oder dormiens, haben zugestehen wollen. S. Glück XXV S. 127 fg.; und dagegen namentlich v. Löhr Magazin für RW. u. Gesetzg. IV S. 57 fg.; dennoch wieder v. Tigerström I S. 202 fg., dessen Gedanke (procuratorisches Eigenthum des Ehemannes) neuerdings in Brinz 1. Aufl. S. 1233 fg. 2. Aufl. III S. 698 fg. neu erstanden ist (der Ehemann hat das Eigenthum für die Ehefrau, die Ehefrau hat das Eigenthum durch den Ehemann). Gegen Brinz siehe Mandry kr. VJS. XII S. 502 fg. Vgl. auch Czyhlarz S. 185 fg. (der aber den Gegensatz zwischen der natürlichen und juristischen Auffassung erst bei Justinian findet), Vangerow I § 218 Anm. 1, Sintenis § 133 [2].

[4] Wann entsteht diese Verbindlichkeit? Sofort mit Empfang der Dos oder erst mit Auflösung der Ehe? Auf diese Frage ist zu antworten, daß die Restitutionsverbindlichkeit des Mannes nach classischem R. gleich einer bedingten ist (weil sie mit Auflösung der Ehe möglicherweise nicht eintreten kann), nach Justinianischem R. gleich einer befristeten (weil sie mit Auflösung der Ehe nothwendigerweise eintritt). Durch den Empfang der Dos ist für den Mann kraft Gesetzes der Grund zur Restitutionsverbindlichkeit in derselben Weise gelegt, wie durch eine bedingte oder befristete Willenserklärung der Grund für die durch sie übernommene Verbindlichkeit gelegt wird. S. auch l. 73 pr. D. 23, 3, l. 24, § ult. D. 24, 3. Die Ansichten über diese Frage gehen übrigens sehr auseinander. Während Bechmann scharf auf der Entstehung erst mit Auflösung der Ehe (nach classischem R.: mit dem an den Tag gelegten Willen der Frau) besteht (er bestreitet,

ihm namentlich in Betreff desselben auch die Veräußerungsmacht zu[2]. Durch positive gesetzliche Vorschrift[3] ist ihm aber diese Macht für Grundstücke entzogen worden[4]; jedoch lediglich im Interesse der Frau, so daß das Veräußerungsverbot wegfällt, wenn durch besondere Vereinbarung der Rückfall der Dos an die Frau ausgeschlossen ist[5]. Im Uebrigen ist hier Veräußerung im weitesten Sinne zu nehmen: das Veräußerungsverbot ergreift nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch jede andere Rechtsverminderung[6]; es ergreift nicht bloß Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige[7]; es ergreift endlich auch solche Veräußerungen, welche durch Nichtverhinderung eines fremden Erwerbes geschehen[8]. Andererseits bezieht das Verbot sich nur auf freiwillige Veräußerungen[9]. — Die gegen das Verbot erfolgende Veräußerung ist nichtig, und die Nichtigkeit wird auch durch die Einwilligung der Frau nicht gehoben[10]; diese Einwilligung müßte denn eidlich gegeben sein[11].

---

daß die Restitutionsverbindlichkeit „dem Dotalbegriffe immanent" sei, und vergleicht dieselbe mit der Restitutionsverbindlichkeit des undankbaren Beschenkten, welcher auch nicht durch die Schenkung, sondern erst durch die Revocation verpflichtet werde), kämpft Brinz ebenso entschieden für das Entstehen sofort mit dem Empfang der Dos („die Dotalforderung wird unter gewissen Eventualitäten nicht erworben, sondern verloren"). Wie Bechmann Czyhlarz; im Wesentlichen wie hier Scheurl. Bechmann I S. 130 fg. II S. 146 fg., Scheurl VI S. 30 fg. XI S. 126 fg, Czyhlarz S. 212 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1265. 2. Aufl. III S. 739 fg.

[1] L. 24 D. 25, 2, l. 3 § 1 D. 6, 2, l. 49 § 1 D. 47, 2, l. 11 C. 5, 12; l. 4 D. 23, 3; l. 7 D. 23, 5; l. 1 pr. eod.; l. 1 § 1. l. 2 eod. § 497.

[2] L. 61 § 1 D. 23, 3, l. 3 C. 5, 12, l. 61 D. 24, 3.

[3] Durch die lex Iulia (von August) de adulteriis. Paul. sentent. II, 21b § 2, Gai. II, 63, pr. I. 2, 8, l. un. § 15 C. 5, 13.

[4] Dig. 23, 5 Cod. 5, 23 de fundo dotali. Glück XXV S. 154—163. 391—421. Bachofen ausgewählte Lehren S. 89—118 (1848). Czyhlarz ZS. f. CR. u. Proc. N. F. XXII S. 404 fg. (1865). Bechmann II S. 445 fg. Czyhlarz (Dotalr.) S. 196 fg. Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 58 fg. (1875). [Regnault de l'inaliénabilité de la dot. Th. de Paris 1894.]

[5] L. 3 § 1 D. 23, 5: „Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est".

[6] L. 1 C. 5, 23, l. 4 D. 23, 5, l. un. § 15 C. 5, 13. pr. I. 2, 8, l. 5. 6 D. 23, 5.

[7] L. 16 D. 29, 1. Vgl. l. 13 § 4 D. 23, 5.

[8] So jedoch, daß eine begonnene Verjährung sich vollendet. L. 16 D. 2, 35 (vgl. Arndts § 402 [a]), l. 5. 6 D. 23, 5. (Unterholzner Verjährungslehre I § 78). Vgl. I § 182 [14] und Citate daselbst. Außerdem: Schröder ([4]) S. 5—14, Huschke das R. der Publicianischen Klage S. 81 fg.

[9] L. 1 pr. D. 23, 5, l. 2 C. 5, 23, l. 78 § 4 D. 23, 3.

Die Nichtigkeit kann nach Anfall der Dos von der Frau und ihren Erben geltend gemacht werden[12]; aber auch während bestehender Ehe von dem Manne selbst[13]. Die Frau verliert das Recht, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen, durch Genehmigung nach Anfall der Dos[14]. — Das Veräußerungsverbot dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, so lange der Mann das Dotalgrundstück noch in Händen hat[15]. Umgekehrt gilt es auch für die Zeit vor der Ehe, wenn das Grundstück vorher übergeben worden ist[16].

§ 498.

Das Verhältniß der Frau zur Dos zeigt sich während bestehender Ehe hauptsächlich darin wirksam, daß die Frau das Recht hat, die Dos sofort zurückzufordern, wenn der Mann dieselbe verschleudert oder wenn er in Vermögensverfall geräth. Jedoch wird dadurch die Bestimmung der Dos, für die Ausgaben der Ehe zu dienen, nicht aufgehoben, und es muß die fortdauernde Verwendung der Dos zu diesem Ende sicher gestellt werden[1]. Ferner gilt, wenn zur Dos ein Grundstück gehört, die Frau zum Zweck der Befreiung von Cautionen bereits bei währender Ehe als Grundbesitzerin[2].

---

[10] L. un. § 15 C. 5, 13, pr. l. 2, 8. Ueber Nov. 61 f. Glück S. 412 fg. Dernburg III § 18[10] spricht der Bestimmung die heutige Geltung ab.

[11] C. 28 X. 2, 24, c. 2 in VI° 2, 11.

[12] Nach l. 30 C. 5, 12. Vgl. l. 13 § 3 D. 23, 5. Bechmann II S. 460. 483—484.

[13] S. I § 172a[2]. Behält der Mann die Dos nach Beendigung der Ehe, so ist dadurch die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt, l. 17 D. 23, 5, l. 42 D. 41, 3. — Anspruch auf Leistung des Interesse für den gutgläubigen Erwerber bei entgeltlicher Veräußerung? Dagegen Czyhlarz ZS. S. 428. Dotalr. S. 204, Bechmann II S. 451; dafür Schröder S. 61 fg. Letzterem ist zuzugestehen, daß das Gegentheil weder durch l. 42 D. 41, 3, noch durch l. 77 § 5 D. 31 bewiesen wird. Für die Bejahung auch Sf. XXXI. 339.

[14] Eine Genehmigung liegt auch in der Annahme einer ihr vom Manne letztwillig hinterlassenen Entschädigung, l. 77 § 5 D. 31. Vgl. l. 13 § 4 D. 23, 5. Bechmann II S. 461 fg.

[15] L. 12 pr. D. 23, 5.

[16] L. 4 D. 23, 5. „Lex Iulia . . plenius iuterpredanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito".

§ 498. [1] L. 22 § 8. l. 24 pr. D. 24, 3, l. 29. l. 30 C. 5, 12, Nov. 97 c. 6; c. 7 X. 4, 20. L. 22 § 8 cit. ordnet Sequestration der Dos an. Vgl. Glück XXVII S. 244 fg., Francke ACPra. XVII S. 459—464, Bechmann II S. 488 fg., Czyhlarz S. 483 fg., Sintenis § 133[114—116], Vangerow I § 218 Anm. 2 Nr. 1, [Thibault de la restitution anticipée de la dot propter inopiam mariti. Th. de Paris 1891.] Sf. XXXVIII.

β. Nach aufgelöster Ehe*.

aa. An Wen ist die Dos herauszugeben?

§ 499.

Nach Auflösung der Ehe muß die Dos der Frau herausgegeben werden, oder wenn die Ehe durch ihren Tod aufgelöst wird, ihren

---

32, XLI. 114, XLIV. 193 (RG. XXII S. 219), [RG. XXXVII S. 161 fg. Sf. L. 177, LI. 33.]

² L. 15 § 3 D. 2, 8. — Daß der Frau der Entwehrungsanspruch zusteht, wenn die zur Dos gegebene Sache dem Manne entwehrt wird (l. 75 D. 23, 3), ist nichts Besonderes, § 391 [31]. Dagegen Brinz 2. Aufl. III § 476 [23]. — Nicht hierher gehört, was man sonst noch anführt, daß die Frau Anspruch auf die Hälfte des vom Manne auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes hat (l. 7 § 12 D. 24, 3). Diese Hälfte fällt an den Mann nach den Regeln des Eigenthums, muß aber von ihm bei Beendigung der Ehe herausgegeben werden, wie Alles, was nicht Frucht ist (§ 501). — Brinz 1. Aufl. S. 1243, 2. Aufl. III S. 710 stellt auch die der Frau in Betreff ihrer Dos obliegende Collationspflicht hierher. Ob mit Recht, hängt davon ab, ob den Gegenstand der collatio dotis die Dos als solche bildet, oder dasjenige, was von der Dos nach Beendigung der Ehe an die Frau fällt, und darüber wird gestritten. Für die erste Alternative Fein R. der Collation § 35, Ad. Schmidt das formelle R. der Notherben S. 125; für die zweite Keller Instit. S. 325, Bechmann I S. 177 fg., Czyhlarz S. 193 [7]. Für die erste Alternative spricht l. 20 pr. D. 10, 2, l. 5 C. 6, 20, für die zweite ebenso entschieden l. 1 § 6 D. 37, 7. — Anderes, was Brinz 1. Aufl. S. 1241 fg. 2. Aufl. III S. 707 fg. hierher stellt, erklärt sich aus dem der Frau zustehenden Forderungsr., oder setzt, wie l. 16 D. 11, 7, Auflösung der Ehe voraus. — S. dagegen noch l. 21 § 4 D. 50, 1, und über eine hierher gehörige oder hierher bezogene Stelle aus dem Ed. Tiberii Iulii Alexandri Rudorff Rhein. Mus. für Philologie II S. 171 fg., Bachofen röm. Pfandr. S. 242 fg., Bechmann I S. 111 fg.

* Dig. 24, 3. Cod. 5, 18 soluto matrimonio dos quemadmodum (quemadum dos) petatur. L. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita 5, 13. — Durch dieses letztere Gesetz hat Justinian das frühere R. in mehrfacher Beziehung reformirt. Der formale Ausdruck seiner Reform ist dieser: es solle durch die Auflösung der Ehe nicht mehr, wie bis dahin, die actio rei uxoriae, sondern die actio ex stipulatu erzeugt werden, gleich als wäre wirklich eine Stipulation über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden; für diese neue actio ex stipulatu sollen aber nicht ausschließlich die Grundsätze der alten actio ex stipulatu (bei wirklich abgeschlossener Stipulation), sondern theilweise, so weit es nämlich der Vortheil der Frau erfordert, die der actio rei uxoriae maßgebend sein. Vgl. hierzu Francke ACPra. XXVI S. 436 [41], Bechmann II S. 350 fg., Czyhlarz S. 374 fg. [Esmein la nature originelle de l'action rei uxoriae. Nouv. Rev. hist. de droit. fr. et étr. XVII p. 145 s. 1893. Genet de la restitution de la dot. Th. de Paris 1894. Barbier de la restitution de la dot en cas de divorce. Th. de Paris 1894. Billaudet garanties données à la femme pour sa créance en restitution de dot. Th. de Paris 1895. Hauptsächlich von der Rückgabeverbindlichkeit handelt auch Plichon de l'évolution des droits du mari sur la dot. Th. de Paris 1895.]

Erben [1]. Auch dann treten an die Stelle der Frau ihre Erben, wenn die Frau zwar die Auflösung der Ehe überlebt, aber vor Herausgabe des Dos stirbt [2]. — Insofern man aber annimmt, daß heutzutage durch die Verheirathung der Frau die väterliche Gewalt über dieselbe nicht nothwendig aufgehoben wird [3], hat das Gesagte folgende Modificationen zu erleiden. 1) Die von dem Gewalthaber herrührende Dos fällt, wenn die Frau in der Ehe stirbt, an den Gewalthaber zurück [4]. 2) Ueberlebt die Frau die Ehe, und steht

---

§ 499. [1] L. un. cit. § 6. Das ältere R. schloß die Erben der Frau aus; wenn die Frau in der Ehe starb, so behielt die dos adventicia (§ 493 [2]) der Mann, die dos profecticia fiel mit Abzug eines Fünftels für jedes Kind an den Geber zurück. Ulp. VI, 4, Vat. fr. § 108. Spuren des älteren R. im Corpus Juris: a) l. 23 D. 21, 2, l. 78 pr. D. 23, 3, l. 20 D. 28, 7, l. 15 D. 23, 5, l. 5 D. 48, 20; b) l. 6 pr. D. 23, 3, l. 78 § 1 eod., l. 5 D. 24, 2, l. 10 pr. D. 24, 3, l. 4 C. 5, 18. Uebrigens ist der Rückfall der dos profecticia an den Geber auch im Justinianischen Rc nicht ganz ausgeschlossen, s. darüber Note [4].

[2] L. un. cit. § 4. Auch dieß war im älteren R. anders. Ulp. VI, 7.

[3] S. § 525 [20] Ziff. [3].

[4] L. un. cit. § 13. Justinian verordnet hier, daß der Frau die, nach § 6 eod. vererbliche, actio de stipulatu auch dann zustehen solle, wenn ein „extraneus" die Dos gegeben habe, und fügt sodann hinzu: „Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus". Merkwürdigerweise sind aber diese Worte von jeher ganz vernachlässigt worden, und so hat sich, indem man an den noch das alte R. vortragenden Pandektenstellen (l. 5 D. 24, 2, l. 10 pr. l. 59 D. 24, 3 in Verbindung mit l. 5 § 11 D. 23, 3) festhielt, in der herrschenden Meinung der Satz festgestellt, daß die dos profecticia an den Geber auch dann zurückfalle, wenn dieselbe für eine nicht mehr in der Gewalt stehende Tochter gegeben worden sei. S. hiergegen Francke ACPra. XXVI S. 437 fg., welchem Vangerow I § 220 Anm. 1 Nr. 2. aa (in der 6. und 7. Auflage) folgt, und neuerdings Masset APraktRW. N. F. V S. 62 fg. Appelius APraktRW. N. F. XII S. 37 fg. [[Mitteis Reichsr. u. Volksr. S. 254]]. Dafür Sf. XXXVIII. 33 (Rostock, Mecklenb. ZS. f. RPflege II S. 23). Unter dem Einfluß dieser Meinung ist auch in einigen Handschriften vor „habentem" ein „non" hineingekommen, welche Lesart einen ganz verkehrten Sinn gibt und den Basiliken widerspricht (Francke a. a. O. S. 439). Bechmann II S. 373 fg. 423—424 hat die Meinung des Cujacius wieder aufgenommen, nach welcher der citirte § 13 gar nicht auf den Fall des Todes der Frau, sondern auf den Fall der Scheidung gehen soll; ich halte aber seine Ausführung nicht für überzeugend. S. auch Francke a. a. O. S. 440—441. Wie Bechmann auch Czyhlarz S. 390 fg., nur daß dieser zum Fall der Scheidung auch den Fall des Todes des Mannes hinzufügt, s. auch Scheurl XI S. 329. Dernburg III § 21 [5]. — Durch das Gesagte verringert sich die Bedeutung der alten und schon zur Zeit der Glossatoren berühmten Streitfrage, ob Rückfall der dos profecticia an den Geber auch bei Vorhandensein von Kindern eintrete? Daß die

sie auch dann noch in der Gewalt, so erwirbt sie gemäß der Regel die von dem Gewalthaber herrührende Dos für diesen, während jede andere Dos adventicisches Vermögen wird[5]; in dem einen und dem andern Fall aber kann der Gewalthaber die Dos nicht ohne Consens der Frau einziehen, nnd wenn er vor der Frau stirbt, ohne die Dos eingezogen zu haben, so fällt auch die von ihm herrührende Dos an die Frau, nicht an die Erben[6].

bb. Was ist herauszugeben?

§ 500.

Herausgegeben werden muß was als Dos empfangen worden ist, nach folgenden näheren Regeln.

1. Nicht vertretbare Sachen sind in Natur herauszugeben, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität[1].

---

verneinende Beantwortung dieser Frage sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse, ist jetzt wohl allgemein anerkannt, s. namentlich Francke ACPra. XXVI S. 401 fg., außerdem Vangerow a. a. O. litt. bb (dessen Argumentation aber nicht richtig ist, wie Francke S. 425 fg. nachgewiesen hat), Bechmann II S. 433 fg., Czyhlarz S. 393 fg., Appelius S. 64 fg., während sie sich in der Praxis sehr festgesetzt hat. Vgl. Sf. I. 350, V. 182. 183[a], 183[b], VI. 214.

[5] S. § 516 Ziff. 2 und 3. Arndts § 405[3].

[6] L. un. cit. § 14; l. 2 § 1 — l. 4. l. 22 § 3—6. 9—11. l. 31 § 2. l. 34. 37. l. 66 § 2 D. 24, 3, l. 34 § 6 D. 46, 3, l. 25 pr. D. 46, 8, l. 2. 7 C. 5, 18, l. 8 pr. D. 3, 3, Ulp. VI, 6, Vat. fr. § 116. 119. Vgl. Francke a. a. O. S. 417 fg., Baron Gesammtverhältnisse S. 392 fg., Bechmann I S. 83 fg. II S. 299 fg. 376 fg., Czyhlarz S. 301 fg. 378 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1245 fg. 2. Aufl. III S. 715 fg., Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 311 fg. Bechmann sucht den Grund des Satzes darin, daß nach classischem R. der Dotalanspruch nicht sofort mit der Ehescheidung für die Frau entstanden sei, sondern von ihr erst durch persönlichen Entschluß habe erworben werden müssen (vgl. § 496 [4]). Dagegen mit Recht Scheurl VI S. 20 fg. XI S. 322 fg., Czyhlarz S. 300. 306[6], Mandry a. a. O. S. 331 [18].

[1] L. 42 D. 23, 3. „Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad abitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius". Wenn es nichtsdestoweniger in l. 54 D. eod., l. 22 § 13 i. f. D. 24, 3 heißt, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte dotal werde, so kann das der l. 42 cit. gegenüber nicht den Sinn haben, daß der Mann sich nicht durch Herausgabe der empfangenen Geldsumme befreien könne; es kann nur den Sinn haben, daß, wenn die empfangene Geldsumme nicht herausgegeben werde, die Frau das mit Dotalgeld Angeschaffte in Anspruch nehmen könne. S. auch Bechmann II S. 464—468. — Es ist schwer zu begreifen, wie man zwischen l. 54 und l. 22 § 13 cit. einerseits und l. 12 C. 5, 12 andererseits einen Widerspruch hat finden können. Die letztere Stelle sagt nichts, als daß die Frau an dem mit Dotalgeld Ange- § 500.

2. Rechte sind entweder in Natur herauszugeben[2], oder in Dem, was durch sie erlangt worden ist[3], Forderungen gegen den Rückempfänger durch Befreiung[4].

3. Befreiungen sind durch Wiederherstellung des betreffenden Rechtes herauszugeben, Befreiungen von fälligen oder während der Ehe fällig gewordenen Forderungen durch Leistung des Forderungsgegenstandes[5].

4. [6]Hat der Mann das Herauszugebende nicht mehr oder nicht mehr in unversehrtem Zustand, so ist er zur Leistung des Interesse des Rückempfängers verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder durch eine Nachlässigkeit eingetreten ist, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[7]. Ein besonderer

---

schafften durch die Anschaffung nicht Eigenthum erwerbe; aber sie behält der Frau ausdrücklich die dotis actio vor, ohne deren Inhalt näher zu bestimmen, also ohne zu sagen, daß ihr Inhalt ein anderer sei, als der sich aus den Pandektenstellen ergebende. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 131, Sintenis § 133 [14], und im Uebrigen Glück VIII S. 169 fg., Bechmann II S. 233—234, Dernburg III § 16 [22], Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 425.

[2] Ein Nießbrauch kann, wenn das Eigenthum nicht beim Rückempfänger oder beim Manne ist, dem Rückempfänger selbst nur der Ausübung nach zurückgegeben werden; es kann aber auch der Rückempfänger verlangen, daß er dem fremden Eigenthümer herausgeben werde. L. 66 D. 23, 3, l. 78 § 2 eod., l. 57 D. 24, 3. Glück XXV S. 1—12, Bechmann II S. 399—403, Czyhlarz S. 231—234.

[3] L. 44 § 1 D. 24, 3, l. 48 § 1 D. 23, 3. Der Einziehung einer Forderung steht gleich Erlaß oder Novation, l. 66 § 6 D. 24, 3, l. 49 D. 23, 3, l. 35 eod.

[4] L. 41 § 4 D. 23, 3, l. 81 D. 17, 2.

[5] L. 78 pr. § 1 D. 23, 3, l. 57 D. 24, 3; l. 43 § 1 D. 23, 3. Vgl. Bechmann II S. 110 fg., Czyhlarz S. 126 fg. Hofmann in Grünh. ZS. I S. 713 fg. stellt die Behauptung auf, daß eine zur Zeit der Bestellung der Dos noch nicht fällige Forderung in derjenigen Frist wiederherzustellen sei, welche für sie zur Zeit der Bestellung der Dos gegolten habe. Hofmann's Beweisführung ist nichts weniger als überzeugend. Sein eigentliches Argument ist: weil es sonst leicht geschehen könne, daß der Mann in Wirklichkeit gar keinen Vortheil von der Dos gehabt habe. Nun, dann ist eben der Versuch, ihm einen Vortheil von der Dos zu schaffen, mißlungen. Hofmann's Behauptung führt zu einem Dotalvortheil nach gelöster Ehe! Dernburg III § 22 [9].

[6] Vgl. zum Folgenden Hasse Culpa S. 420—453.

[7] L. 18 § 1. l. 25 § 1. l. 66 pr. l. 67 D. 24, 3, l. 72 § 1 D. 23, 3; l. 24 § 5 D. 24, 3, l. 17 pr. D. 23, 3. Hasse a. a. O. S. 424—429, Bechmann II S. 237—239, Scheurl S. 277, Czyhlarz S. 256 fg. — Durch Vereinbarung kann natürlich die Verhaftung des Mannes gesteigert werden. Als einen dahin gehörigen Fall pflegt man auch den Fall der **aestimatio venditionis gratia** (§ 494 [11]) zu bezeichnen; mit Unrecht, da hier der wirkliche Gegenstand der Dos Geld ist. Eher gehört der Fall hierher, wo ausgemacht

hierher gehöriger Fall [8] ist der, wo der Mann eine Dotalforderung nicht zur rechten Zeit eingezogen und dadurch ihren Verlust herbeigeführt hat [9]. Auch im Fall der Veräußerung ist der Mann zur Interesseleistuug verpflichtet, bei Grundstücken unbedingt, bei beweglichen Sachen, wenn die Veräußerung ohne die Zustimmung der Frau erfolgt ist [10].

---

wird, daß entweder das als Dos Gegebene oder die vereinbarte Geldsumme zurückgegeben werden müsse (§ 494 [11 a. E.]). — Eine Schätzungssumme kann aber beim Geben der Dos auch bloß zu dem Ende hinzugefügt werden, um die Größe des zu leistenden Ersatzes festzustellen für den Fall, daß nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müßte, s. g. **aestimatio taxationis gratia.** L. 21 C. 5, 12, l. 69 § 7 D. 23, 3, l. 50 D. 24, 3.

[8] Vgl. über denselben Hasse S. 433 fg., v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 90 fg. (1835), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civil. Versuche Nr. 3 S. 37 fg. (1835), Bechmann II S. 240 fg., Czyhlarz S. 263 fg.

[9] L. 56 pr. D. 23, 3, l. 33. l. 41 § 3. l. 49 D. eod., l. 20 § 2 D. 23, 4. Alle Verantwortlichkeit fällt für den Mann weg, wenn der Rückempfänger selbst der Schuldner ist, l. 66 § 7 D. 24, 3, l. 33. l. 41 § 4 D. 23, 3; außerdem soll dem Manne nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er den Vater der Frau, oder denjenigen, welcher sich aus bloßer Liberalität gegen die Frau zum Schuldner gemacht hat, nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gedrängt hat, l. 33 D. 23, 3. — Es findet sich die Behauptung (Meyerfeld a. a. O. S. 123 fg., Hoffmann a. a. O. 46 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 110 fg., Puchta § 420 [1], Arndts § 406 [a. b], Vangerow § 218 Anm. 1 [dieser jedoch mit einer Unterscheidung], Bechmann II S. 241 fg., Czyhlarz S. 269 fg. — dawider Hasse S. 436 fg.), daß der Mann für eine ihm durch Delegation (Bechmann: oder Versprechen) verschaffte Forderung auch dann Ersatz leisten müsse, wenn der Schuldner bereits zur Zeit der Dotalbestellung zahlungsunfähig gewesen sei, er müßte sich denn dagegen verwahrt haben, daß er die Forderung als gute annehme. Diese Behauptung, welche das richtige Sachverhältniß geradezu umkehrt, hängt mit dem allgemeineren in § 412 [17] bezeichneten Irrthum zusammen, daß das r. R. die durch Delegation verschaffte Forderung dem Delegatar als baares Geld anrechne. Speciell für die Dos wird diese Meinung widerlegt durch l. 41 § 3 D. 23, 3 „**periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuit**“ — welche Worte freilich Meyerfeld S. 134 dahin erklären will, daß die Wissenschaft des Mannes „präsumirt oder vielmehr fingirt“ werde! (ähnlich Bechmann und Czyhlarz), und einen Gegenbeweis enthalten auch nicht l. 46 pr. l. 53 D. 23, 3, l. 6 D. 23, 4. Meyerfeld glaubt, daß in diesen Stellen ein „**arg. a contrario fortissimum**“ enthalten sei; dasselbe würde aber, was speciell die l. 6 cit. angeht, zu dem Resultate führen, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, *vv.* **ut sit dos periculo mulieris.** S. auch l. 71 D. 23, 3 (Meyerfeld S. 117).

[10] Grundstücke kann der Mann nicht veräußern (§ 497), bewegliche Sachen soll er nicht veräußern, wenn ihm nicht die Erlaubniß dazu durch den Besteller oder die Frau ertheilt worden ist, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann. L. 50 D. 24, 3, l. 32 D. 23, 3, l. 32 pr. D. 23, 4. Vgl. auch l. 61.

5. Der Gegenstand der Dos kann möglicherweise während bestehender Ehe verändert werden, entweder durch Vertrag, welcher Vertrag aber ungültig ist, wenn er der Frau zum Nachtheil gereicht[11], oder nach rechtlicher Nothwendigkeit[12].

§ 501.

Mit dem Kapital der Dos muß das aus demselben Gewonnene herausgegeben werden, soweit es nicht Frucht ist[1]. Die Früchte dagegen behält der Mann[2]. Wenn aber näher gefragt wird: welche Früchte?[3] so ist das Entscheidende nicht die Thatsache der Perception[4], sondern es gebührt dem Manne für jedes Jahr, während dessen er die Dos in Händen gehabt hat[5], ein voller Jahresertrag[6],

l. 64 pr. § 5 D. 24, 3, l. 14 § 2 D. 48, 10, und dazu Francke ACPra. XVIII S. 14. 15.

[11] L. 25. 26. 27 D. 23, 3, l. 32 eod., l. 21. l. 29 pr. D. 23, 4. Vgl. l. 7 § 5 D. 24, 1. Bechmann II S. 227—228. Czyhlarz S. 291—295. Sf. XXX. 153.

[12] Z. B. in Folge einer vom Miteigenthümer erhobenen Theilungsklage, l. 78 § 4 D. 23, 3; in Folge der Entwehrung, l. 16. l. 52 D. 23, 3.

§ 501. [1] So der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die Anschwemmung, die Eigenthumshälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, die Windbrüche, (der partus ancillae, das vom Dotalsclaven nicht ex re mariti oder ex operis suis Erworbene). L. 4. l. 10 § 1. 2. l. 32. l. 65. l. 69 § 9 D. 23, 3. l. 7 § 12. l. 31 § 4 D. 24, 3, l. un. § 9 C. 5, 13.

[2] L. 7 pr. D. 23, 3, l. 20 C. 5, 12, l. 5. l. 7 § 9—14. l. 8 pr. D. 24, 3, l. 18 pr. D. 23, 5, l. 10 § 3 D. 23, 3, l. un. § 7. 9 C. 5, 13. Vgl. I § 203 und Glück XXV S. 106 fg.; speciell über l. 7 § 13 D. 24, 3 s. I § 144 [8]. Die vor der Ehe gezogenen Früchte vermehren das Kapital der Dos, l. 6. l. 31 § 4 D. 24, 3, l. 7 § 1. l. 47 D. 23, 3.

✓ [3] Schrader de divisione fructuum dotis commentatio (1825). Glück
✓ XXVII S. 272—329 (1825). Hasse de variis eorum sententiis, qui in explananda l. 7 § 1 D. soluto matrimonio vulgatam interpretationem reliquerunt (1827). Ders. Rhein. Museum II S. 1—41 (1828). Francke ACPra. Pr. XXX S. 281 fg. (1847). Brinckmann das. XXXVI S. 451 fg. (1853). Fortsetzung in Haimerl's VJSchr. XVII Nr. 10. XIX Nr. 5 (1866). Huschke ZS. f. RG. X S. 1 fg. (1872). Bolze ACPra. LXI S. 321 fg. (1878). Brandis ACPra. LXIX S. 286 fg. (1886). Wiedemann Sav.-ZS. VII Heft 1 S. 106 fg. (1886). Bechmann II S. 188 fg. Czyhlarz S. 237 fg. Vangerow I § 220 Anm. 2. Böcking Pand. III § 14 [8]. Arndts § 407 Anm. Sintenis § 133 [73].

[4] L. 7 § 9 D. 24, 3: „fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus".

[5] Die Dos als Dos, also während bestehender Ehe. L. 5. 6 D. 24, 3.

[6] Vollzieht sich der Fruchtertrag in kleineren oder größeren Perioden, so werden nicht Dotaljahre, sondern die betreffenden Perioden gerechnet, l. 7 § 6—8 D. 24, 3.

von dem Fruchtertrag des letzten unvollendeten Dotaljahres [7] aber ein Antheil, welcher der Zeit entspricht, während deren in diesem Jahr die Ehe bestanden hat [8].

[7] Dieses letzte unvollständige Dotaljahr kann möglicherweise auch das erste sein, wenn nämlich der Mann die Dos kein volles Jahr in Händen gehabt hat. L. 7 pr. § 1. 2 D. 24, 3.

[8] L. 5—7 D. 24, 3, l. un. § 9 C. 5, 13. Dieß gilt nicht minder von den juristischen, als von den natürlichen Früchten, l. 7 § 8. 10. 11 D. 24, 3. — Der Fruchtertrag des letzten Dotaljahres besteht in der Ernte dieses Jahres. Francke a. a. O., Czyhlarz S. 241 fg. Anders die herrschende Ansicht (s. namentlich Vangerow a. a. O.) für den Fall, wo in dem letzten Dotaljahr zwei Fruchtperioden zusammentreffen; in diesem Fall sollen der Rechnung zu Grunde gelegt werden die Ernten beider Fruchtperioden, und es soll dem Manne von jeder Ernte derjenige Theil zugesprochen werden, welcher der Zeit entspricht, während welcher in jeder Fruchtperiode die Ehe bestanden hat. (Beispiel: Beginn der Ehe am 1. April 1866; Ende am 1. October 1867; Zeitpunkt der Vollendung der Ernte 31. Juli; Beginn der neuen Fruchtperiode 1. August. Nach der hier vertretenen Ansicht erhält der Mann außer der vollen Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^1/_2$; nach der entgegengesetzten Ansicht erhält er außer der Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^4/_{12}$ und von der des Jahres 1868 $^2/_{12}$.) Noch anders Bechmann a. a. O., nach dessen Ansicht es sich immer nur um Vertheilung einer nicht in die Ehe fallenden Ernte handeln kann, da der Mann jede während der Ehe gemachte Ernte ganz erhalten soll. (In dem oben bezeichneten Beispiel: der Mann soll erhalten außer der Ernte des Jahres 1866 die ganze Ernte des Jahres 1867 und $^2/_{12}$ der Ernte des Jahres 1868.) Nur wo die Ehe schon im ersten Jahre aufgelöst wird, spricht auch Bechmann, wie das freilich die Quellen unumgänglich nöthig machen, von der in diesem Jahre gemachten Ernte dem Manne nur einen Theil zu. — Große Schwierigkeit macht in dieser Lehre einer jeden Ansicht die berühmte Crux, l. 7 § 1 D. 24, 3. „Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni quo divortium factum est quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur". Ich kann in der Entscheidung dieser Stelle nur eine fehlerhafte Rechnung sehen, welche uns nicht bindet. Der Theil des Pachtgeldes, welcher noch während der Ehe erfällt, repräsentirt nicht den Fruchtertrag dieses, sondern den des folgenden Jahres. Freilich steht diese Auffassung der Stelle sehr vereinzelt da; getheilt wird sie nur von Czyhlarz a. a. O. Alle übrigen Schriftsteller erkennen die Entscheidung Papinian's als maßgebend an. Während aber einige bei dem Wortsinn derselben bleiben, und sie so verstanden, in verschiedener Weise zu rechtfertigen suchen oder auch ungerechtfertigt lassen (Hasse, dem sich später auch Schrader Tüb. krit. Zeitschr. VI S. 219 fg. angeschlossen hat, Francke, Puchta Vorl. zu § 421, Bechmann, Brinz

cc. Zeit der Zurückgabe.

§ 502.

Unbewegliche Sachen sind sofort nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, bewegliche und unkörperliche nach einem Jahre [1]. Jedoch

1. Aufl. S. 1270 fg. 2. Aufl. III S. 748 fg., Huschke, Wiedemann, Dernburg III § 22 [6], Wendt S. 721), haben Andere es versucht, sie umzudeuten. a) Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen nicht von der ganzen Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses, sondern von einem durch Berücksichtigung der Weinlese für das eine Jahr, und des Pachtzinses für das andere Jahr zu findenden mittleren Jahresertrag; so namentlich Schrader l. c., dem dann Glück und viele Andere (s. Glück S. 317) gefolgt sind, und schon vor ihm, aber mit einer andern Art der Berechnung Fr. Connanus comm. iur. civ. VIII. 10 n° 8, mit noch andern Arten der Berechnung Arnold comm. ad leg. 7 § 1 D. sol. matr. Berol. 1859 p. 6 sqq., Scheurl XI S. 270 fg., Bolze a. a. O., Brandis ACPra. LXIX S. 268 fg. b) Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen, welches aus der Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses in der Weise zu finden sei, daß ihm dieses Viertel ganz, von der Weinlese aber nur 1/12 zugesprochen werde; so namentlich, nach dem Vorgange von Duarenus disput. I. 60, Vangerow, ferner Böcking, Sintenis, Rudorff Grundr. S. 342. Was nun zuvörderst diese letztere Meinung angeht, so glaube ich, auch wenn man davon absehen will, wie viel sie in die Stelle hineinträgt, mit Arndts, daß sie wiederlegt ist durch die Frage: 1/3 wovon? Die Meinungen bei a) halte ich für unvereinbar mit den Worten der Stelle. Die Versuche aber, welche von Hasse, Francke und Anderen (s. o.) zur Rechtfertigung der nach dem Wortsinn verstandenen Entscheidung des Papinian gemacht worden sind, kann ich nicht für gelungen halten. — Auch durch Emendation hat man zu helfen gesucht. So schlägt jetzt Mommsen in seiner Ausgabe vor, statt: vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni, zu lesen: vindemiae fructus quarta portio et tres (sc. quartae portiones) mercedis instantis anni, wodurch sich im Resultat die Berechnung des Duarenus ergibt. Brinckmann a. a. O. will die Worte quarta portio und tertia portio am Schluß der Stelle umstellen, glaubt aber, daß die darnach sich ergebende Berechnung (XVIII S. 108) nur ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen zuzulassen sei. — Emendiren bez. die Sätze des § 1 und 2 der l. 7 umstellen will auch Bechmann (S. 206), jedoch nur zu dem Ende, um besseren Zusammenhang in die Stelle zu bringen. [Eine ganz neue Theorie ist aufgestellt von v. Petrazycki die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Berlin 1892. 1. Abhandl. Nach diesem Schriftsteller (vgl. bes. S. 31—51) bilden l. 7 § 1. 2 D. cit. zwei zusammenhängende Erörterungen Papinians zur Illustration des Satzes: fructus dividi non ex die locationis; jede dieser beiden Erörterungen behandelt aber, meint P., den ihren Gegenstand bildenden Fall nur halb, die andere Hälfte sei jedesmal aus der anderen Erörterung zu ergänzen. Wenn nämlich Papinian in § 1 von der Weinernte und einem Viertel des Pachtzinses (für Nov. Dec. Jan.) dem Manne ein Drittel zuspreche, so sei aus § 2 zu ergänzen, daß der Mann auch von dem Pachtzins für die folgenden 8 Monate (den Rest der in das Ehejahr fallenden Pachtzeit) noch ein Drittel zu beanspruchen habe. Umgekehrt spreche Papinian im § 2 dem Manne 5/12 von demjenigen Theil des Pachtzinses zu, welcher auf die Zeit nach der Ehescheidung

gebühren die Einkünfte auch dieses Jahres nicht dem Manne, sondern dem Rückempfänger [2]. Was bewegliche Sachen angeht, welche keine

---

entfalle, während aus § 1 zu entnehmen sei, daß von der duodecima pars mercedis, deren die Stelle mit Bezug auf den in die Ehe fallenden März gedenkt, 7/12 der Frau gebühren. Petraczyzki geht nämlich davon aus, daß zwei Fruchtmassen zu unterscheiden seien: eine, welche an sich im Vermögen des Mannes sich befinde (die Früchte bis zur Scheidung), und eine zweite, welche an sich im Vermögen der Frau sei (die Früchte von der Scheidung an). Der § 1 behandle die Frage, wie viel von der ersten Fruchtmasse der Mann der Frau abzugeben habe, und lasse offen, wie viel in dem Beispielsfalle umgekehrt die Frau von der zweiten Fruchtmasse dem Manne schulde (was nach § 2 zu beantworten sei). Der § 2 dagegen behandle die Frage, wie viel von der zweiten Fruchtmasse die Frau dem Manne schulde, und lasse offen, wie viel umgekehrt in dem Beispielsfalle von der ersten Fruchtmasse der Frau gebühre (was aus § 1 zu ergänzen sei). Diese Theorie hat Beifall gefunden bei Dernburg III § 22 [6] und bei Hellmann kr. VJS. XXXVI S. 75 fg., Widerspruch bei Lotmar Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 225 fg. (s. auch denselben zu Brinz § 484 [35]); hiergegen Petraczyzki Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 448 fg. Gegen Petraczyzki auch Weiler die Theilung der Dotalfrüchte bei der Auflösung der Ehe; Bonn. Diss. 1896. Auch ich vermag der Theorie v. Petraczyzki's nicht beizutreten. Ob das Beispiel in l. 7 § 1 cit. und ob der § 2 eod. auf Papinian zurückgeht oder nicht, muß dahin gestellt bleiben, ist aber sachlich ohne entscheidende Bedeutung; denn wenn auch die Ausführungen aus Papinians Quästionen stammen und rein wissenschaftlichen, nicht praktischen Zielen zugewandt sind, so ist m. E. um deßwillen nicht weniger unannehmbar, daß der Jurist jeden der beiden Beispielsfälle nur halb entschieden und eine für das Resultat im Ganzen außerordentlich wichtige und keineswegs leicht findbare zweite Hälfte verschwiegen habe (s. auch Lotmar S. 284 fg., Kalb im Jahresbericht über die Fortschritte der class. Alterthumswissenschaft 1891—95 S. 274). Es kann auch zunächst im § 2 davon nicht die Rede sein, daß die Frau von der duodecima pars mercedis 7/12 von dem Manne zu fordern hätte, und der Jurist dieß nur unausgesprochen ließe (Petraczyzki S. 43 fg.); denn die Stelle sagt mit vollkommener Deutlichkeit, daß der Mann die duodecima pars mercedis ganz (und noch etwas darüber) behält: non solum partem duodecimam mercedis sed . . . retinebit. Diese Fassung ist mit der Annahme, daß der Mann von der duodecima pars irgend etwas herauszugeben habe, schlechthin unvereinbar. Wenn danach die Ansicht, daß § 2 die Hälfte der Entscheidung verschweige, gewiß nicht haltbar ist, so wird die gleiche Ansicht in Betreff des § 1 schon wesentlich erschüttert. Für beide §§ kommt aber hinzu, daß der Ausgangspunkt Petraczyzkis, die Lehre von den zwei Fruchtmassen und den selbständigen Ansprüchen der Frau und des Mannes, unzutreffend ist. Im § 1 stehen die Früchte des Weinbergs natürlich im Eigenthum des Mannes, und es kann sich nur darum handeln, ob etwas und wieviel der Mann davon herauszugeben hat. Ebenso ist der Mann Gläubiger aus dem Verpachtungsvertrage, den er geschlossen hat, und dieß bleibt so auch nach der Scheidung. Er muß freilich der Frau caviren, daß er ihr restituiren werde, was er an Pachtzinsen über den ihm nach dotalrlichen Grundsätzen gebührenden Betrag vereinnahmen werde (l. 25 § 4 D. 24, 3, Petraczyzki S. 26 fg.). Es ist auch sehr wohl anzunehmen, daß der Mann den Anspruch auf den noch nicht vereinnahmten Theil des Pachtzinses, welcher nach dotalrlichen Grundsätzen der Frau gebührte, der Frau einfach ab-

Einkünfte gewähren, so zahlt der Mann nach Ablauf des bezeichneten Jahres 4% Zinsen von der Schätzungssumme [3].

---

trat und abtreten mußte (Bechmann II S. 414). Dieß alles führt aber nur dazu, daß der Mann im Beispiel der l. 7 § 1 einen Theil der Weinbergsfrüchte oder ihres Erlöses und einen Theil der Pachtgelder oder des Anspruches auf dieselben der Frau herausgeben muß; in keiner Weise dagegen ergibt sich ein Anspruch des Mannes gegen die Frau. Um zu einem solchen zu gelangen, muß man annehmen (Petrachzki S. 33), daß der Mann bei der Scheidung die ganze Pachtzinsforderung für die Zeit von der Scheidung an der Frau abzutreten hat, sie aber hinwiederum verpflichtet ist, von dem abgetretenen Theil einen Theil zurück abzutreten. Es ist wohl ersichtlich, ein wie überflüssiger Umweg dieß, und wieviel einfacher die Annahme ist, daß der Mann von vornherein von den Vortheilen des Pachtvertrages nur so viel abtritt, als der Frau zu verbleiben hat. Es kann also für den § 1 ein Anspruch des Mannes gegen die Frau, welchen der Jurist verschwiegen hätte, überhaupt nicht anerkannt werden, sondern es war ausschließlich die Frage zu beantworten, wie viel von demjenigen, was der Mann in seinem Vermögen hat, bei ihm zurückzulassen ist (relinquatur), und wieviel er der Frau herauszugeben hat. Nur diese Frage, wieviel der Mann von den Pachtgeldern, die er vereinnahmt hat oder vereinnahmen wird, oder von der Forderung, die ihm zusteht, zu behalten hat, bildet auch den Gegenstand des § 2. — Praktisch ist das Ergebniß, zu welchem Petrachzki gelangt, sehr bedenklich. Man hat bislang an dem Inhalt des § 1 wesentlich deßhalb Anstoß genommen, weil er dem Manne zuviel zuzusprechen scheint (1/3 eines Ertrages von 15 Monaten, nämlich von einer ganzjährigen Ernte und von einer dreimonatigen Pacht), Petrachzki gibt dem Manne für eine Ehe von 4 Monaten 1/3 eines Ertrages von 23 Monaten. Lotmars Ansicht (s. bes. S. 257 fg.) geht dahin: die Stelle sagt nicht: ut eius pecuniae tertia portio viro relinquatur, sondern ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur; die Früchte des Weinbergs und das Viertel des Pachtzinses zusammen bilden die Masse, aus welcher dem Manne das ihm gebührende Drittel nicht dieser Masse selbst, sondern eines Jahresertrages zu belassen ist. Es ist, da jene Masse 5/4 Jahresertrag beträgt, zunächst 1/5 von ihr abzuziehen und von dem Rest behält der Mann 1/3. Dieß ist eine Modification der oben unter a referirten älteren Meinung (vgl. Kalb a. a. O. S. 275). Weiler theilt die Ansicht von Lotmar über die Bedeutung der Worte ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur (S. 41), aber er nimmt an, daß, wenn das Dotalgrundstück nichts als Weintrauben hervorbrächte, der Mann mit einem Drittel der von ihm geernteten Trauben zufrieden sein müßte und von dem Pachtzins überhaupt nichts behalten dürfte (S. 41), da dann der Pachtzins nur Aequivalent für die folgende, jenseits des Dotaljahres zu percipirende Weinernte sein würde, der Mann aber nur Anspruch auf einen entsprechenden Theil von den innerhalb des letzten Dotaljahres percipirten Früchten oder ihren Surrogaten habe. Wenn daher dem Manne ein Antheil an dem Pachtzins belassen werde, so liege das daran, daß, wie Weiler mit Aelteren meint, der fundus außer den Weintrauben noch eine Getreideernte hervorbringe (S. 51 fg.). Der Pachtzins sei Entgelt für die nächste Getreideernte, welche in das Dotaljahr falle, und für die nächste Weinernte, welche außerhalb desselben liege, dem Manne gebühre 1/3 desjenigen Theils der Pacht, der auf die Getreideernte zu rechnen sei. Der Mann habe aber 1/4 der ganzen Pacht vereinnahmt und außerdem die erste Weinernte gezogen. Aus diesen Einnahmen sei ihm das ihm nach obiger Rech-

Vor Auflösung der Ehe kann die Dos ausnahmsweise in dem in § 498 bezeichneten Fall zurückgefordert werden. Freiwillige Herausgabe der Dos vor Auflösung der Ehe [4] ist Schenkung, und daher nach den Grundsätzen von der Schenkung zwischen Ehegatten

---

nung gebührende Drittel zu belassen. Von dieser Ansicht halte ich die Grundlage, daß nämlich das Grundstück Wein und Getreide hervorbringt, für äußerst wahrscheinlich. Allein nicht sicher erklärt bleibt auch bei Weiler, warum der Jurist nur die **quarta portio mercedis** zu Grunde legt (denn es ist eine willkürliche Annahme, daß der Pächter für die drei Monate bereits an den Mann bezahlt hatte. **Relinquatur** kann auf künftig zu vereinnahmende Gelder ebenso bezogen werden wie in § 2 **retinebit** darauf bezogen wird). Auch überläßt die Stelle nach der Ansicht von Weiler doch etwas zuviel dem Scharfsinn des Lesers und führt zu einer praktisch schwierigen Rechnungsweise: denn die Ausmittelung desjenigen Theils des einheitlichen Pachtzinses, der auf das Getreide, und desjenigen, der auf den Wein zu rechnen ist, ist gewiß nicht einfach. Man ist versucht, auf der Grundlage der Auffassung von Weiler eine andere Behandlung der Stelle vorzuschlagen. L. 7 § 3 behandelt einen Fall, in welchem die Weinernte von der Verpachtung ganz ausgeschlossen, das Grundstück nur zum Getreidebau verpachtet ist (Weiler S. 53). Nimmt man an, daß das Gleiche in § 1 vorausgesetzt wird, so gebührt dem Manne 1/3 der Weinernte und 1/3 der ganzen Pacht. Textlich muß man, um diese Erklärung geben zu können, sich freilich entschließen die **quarta portio** als ein unglückliches Glossem aus der vorangegangenen **quarta pars** zu behandeln und die Stelle so zu lesen: **vindemiae fructus et mercedes instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.** Daß **ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur** nicht bedeuten könne, dem Manne sei der dritte Theil dieser Summe selbst zu belassen, hat Lotmar S. 257 fg. keineswegs bewiesen. Es wird vielmehr widerlegt durch die bei Heumann angeführte l. 13 § 4 D. 23, 5 (Ulp.): **aliqua pars ex eo (fundo) vindicari possit**, denn das ist ein (ideeller) Theil des Grundstücks. Ebenso l. 7 pr. D. 48, 20 (Paul): **ex ea (universitate) portiones concessas haberent.** Aber nicht bloß mit einem Pronomen (vgl. Lotmar S. 258 [30]), sondern auch mit dem Nomen kommt derartiges bei den Digestenschriftstellern vor. S. l. 1 § 1 D. 48, 20: **portiones ex bonis . . . accipiunt** (Callistr.), l. 7 § 2 D. 48, 20 (Paul): **ex bonis . . . portiones . . . concedi.**]

[1] L. un. § 7 C. 5, 13. Früher hieß es: nicht vertretbare Sachen sofort, § 502.
vertretbare in drei Jahresterminen. Ulp. VI, 8. Caution: l. 24 § 2 D. 23, 3. Sf. XXXII. 57.

[2] So sind zu verstehen die Schlußworte der l. un. § 7 cit.: — „**similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis**" — wegen l. un. § 9 eod. Vgl. Glück XXVII S. 271, Sintenis § 133 [10].

[3] L. un. § 7 cit. Bechmann II S. 392—395, Czyhlarz S. 388—389.

[4] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVII S. 234 fg. 246 fg., Hasse ZS. f. gesch. RW. V S. 311 fg. (1823), Francke ACPra. XVII S. 458 fg. XVIII S. 1 fg. (1834. 1835), Bechmann II S. 153 fg., Scheurl II S. 129 fg. 266 fg., Czyhlarz S. 489 fg. [Duthoit des actes prohibés entre époux. Th. de Paris 1892 p. 75 s.]

für den Mann unverbindlich [5]. Aber auch die Annahme der Herausgabe ist unverbindlich für die Frau, d. h. die Frau kann, wenn sie zur Zeit der Auflösung der Ehe die Dos nicht mehr hat, die Dos noch einmal fordern [6]. Der eine und der andere dieser Sätze unterliegt aber gewissen Ausnahmen [7].

Jd. Natur des Anspruches auf Herausgabe.

§ 503.

Auf Herausgabe der Dos geht:

1) ein persönlicher Anspruch [1], welcher unter freiem richterlichen Ermessen [2] steht, und durch eine gesetzliche und privilegirte Hypothek am gesammten Vermögen des Mannes gesichert ist [3].

[5] L. 28 D. 23, 4, l. un. C. 5, 19, Nov. 22 c. 39. Francke XVIII S. 9 hält es, mit Rücksicht auf l. 15 § 1 — l. 17 pr. D. 24, 1 (§ 509 [27]), für etwas Besonderes, daß mit der Dos auch ihre Früchte zurückgefordert werden können, l. un. C. cit., Nov. 22 c. 39. Aber die Früchte sind hier Gegenstand der Schenkung. — Etwas wirklich Besonderes enthält Nov. 22 c. 39 in der Vorschrift, daß das Rückforderungsr. nicht bloß dem Manne, sondern auch seinen Erben zustehen soll. Vgl. § 509 Ziff. 4.

[6] Wahrscheinlich nach einer Vorschrift der l. Iulia et Papia Poppaea. Francke XVIII S. 14. L. 27 § 1 D. 11, 7, l. 1 § 5 D. 33, 4, l. un. C. 5, 19, Nov. 22 c. 39. Eine ganz besondere (mit dem § 496 [4], § 499 [6] Bemerkten zusammenhängende) Auffassung bei Bechmann I S. 165 fg. II S. 153 fg.

[7] Diese Ausnahmen galten ursprünglich nicht für beide Sätze, sondern nur für den zweiten, und erst durch die Compilatoren sind sie, wohl in Folge eines Mißverständnisses, auf den ersten übertragen worden, wie dieß die Vergleichung von l. un. C. 5, 19, welche in Nov. 22 c. 39 nur wiederholt ist, mit l. 3 § 1 C. Th. 3, 13 ergibt. Die Ausnahmen selbst stehen in l. 73 § 1 D. 23, 3, l. 20 D. 24, 3, und sind folgende: wenn der Mann der Frau die Dos zurückgibt a) zur Bezahlung von Schulden oder zum Verkauf von Grundstücken (s. auch l. 85 D. 23, 3); b) damit sie für ihre Bedürfnisse selbst sorge; c) zum Zwecke der Alimentation armer Angehörigen oder des Loskaufs derselben aus der Gefangenschaft — und wenn entweder die Verwendung zu diesen Zwecken wirklich erfolgt ist, oder der Mann annehmen durfte, daß sie erfolgen werde (l. 73 § 1 cit.: „non perditurae uxori"). S. Glück S. 248 fg., Hasse S. 318 fg., Francke S. 16 fg., Leist civ. Studien II S. 199 fg., Bechmann II S. 157 fg., Czyhlarz S. 493 fg., Puchta § 420 [o], Arndts § 404 a. E., Vangerow I § 218 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis § 133 [123] zu b. c dieser Note, RG. XXV S. 177 fg. [XXX S. 119 fg.]

§ 503. [1] Die alte actio rei uxoriae, die Justinian'sche actio ex stipulatu (§ 499 *). Rhistorisches über die actio rei uxoriae bei Dernburg Compensation S. 99 (2. Aufl. 95) fg., Bechmann I S. 47 fg. II S. 319 fg., Czyhlarz S. 32 fg., Bekker Aktionen I S. 315 fg.

[2] L. un. § 2 C. 5, 13.

[3] S. über das Nähere I § 232, 6. § 246, 2.

2) Außerdem kann die Frau auch die noch vorhandenen Dotalsachen sofort als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen[4]. Unter vorhandenen Dotalsachen[5] sind solche zu verstehen, welche noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind, so daß also die gültig veräußerten[6] von dem Eigenthumsanspruch nicht ergriffen werden[7].

---

[4] Nach der Vorschrift Justinian's in l. 30 C. 5, 12; s. auch Nov. 91 c. 1. RG. XXII S. 219 (Sf. XLIV. 193): auch bei Rückfall wegen inopia des Ehemanns. Der Gedanke, von welchem die l. 30 cit. ausgeht, ist folgender: es ist nicht erträglich, daß der Anspruch der Frau auf Herausgabe ihrer vorhandenen Dotalsachen durch die Gläubiger des Mannes, und hätten sie auch an diesen Sachen eine Hypothek, sollte vereitelt werden können. Deßwegen gibt Justinian der Frau in Betreff dieser Sachen einmal die Befugniß, sie sofort als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen (vgl. l. 22 § 13 i. f. D. 24, 3, l. 54 D. 23, 3 [§ 500 [1]]), dann aber auch eine, jede andere Hypothek überwindende, hypothecaria actio. — Jedoch ist es nicht allgemein anerkannt, daß dieß wirklich der Inhalt des Gesetzes sei. Andere sind der Meinung, daß Justinian in demselben der Frau nur eine Hypothek gegeben habe (s. namentlich v. Löhr Mag. f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 70—76. ACPra. V S. 295 u. X S. 268 [7]), oder umgekehrt nur einen Eigenthumsanspruch (Dernburg Pfandr. I S. 383), oder einen neuen aus Eigenthums- und Pfandanspruch gemischten Anspruch (Bechmann II S. 475 fg.). Czyhlarz S. 421 fg. glaubt, Justinian habe der Frau einen Eigenthumsanspruch ohne Eigenthum, einen Pfandanspruch ohne Pfandr. gegeben; ähnlich Scheurl S. 335. 336. Ueber die Ansicht Jhering's, nach welcher die der Frau gewährte utilis rei vindicatio nur eine andere vortheilhaftere Form für ihren persönlichen Anspruch gegen den Mann sein soll, s. I § 174 [9]; dawider jetzt auch Bechmann II S. 478. S. noch I § 174 [9 a. E.]. [Aussonderungsr. im Concurse des Mannes: RG. XXXV S. 77 fg.]

[5] Im Gesetze Justinian's heißt es: „si tamen exstant".

[6] Dieß können natürlich der Regel nach nur bewegliche Sachen sein (§ 497).

[7] Für diese Auslegung des Ausdruckes exstare s. l. 6 § 3 C. 5, 9, auch l. 12 § 1 C. 8, 17 [18]. Andere (Unterholzner Verjährungslehre I § 80, Schirmer das. Anm. 271 [a], v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 181, Bechmann II S. 470 fg., Dernburg III § 20 [7]) verstehen unter res exstantes Sachen, die noch körperlich vorhanden sind, und allerdings wird der Ausdruck auch in diesem Sinne in den Quellen gebraucht, s. z. B. l. 50 D. 24, 3. Mit Sicherheit wird wohl nie ausgemacht werden können, welchen Sinn dieser Ausdruck in l. 30 cit. wirklich habe. Für die hier angenommene Auslegung (welche vertreten wird von Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I S. 584 [14], Puchta Erlang. Jahrb. III S. 42. 43, Arndts § 411, Brinz 1. Aufl. S. 1477, 2. Aufl. III § 485 [22], Czyhlarz S. 413 fg.) spricht, daß sonst der Zusatz: si tamen exstant denn doch gar zu nichtssagend sein würde; ferner die citirte l. 12 § 1 C. 8, 18, wo offenbar der Frau ein Pfandprivilegium nur für den Fall gegeben werden soll, daß sie nicht bereits durch ihr R. an den res exstantes geschützt sein sollte, zu den res „quae non exstant" aber außer den „consumtae" auch die „dissipatae" gerechnet werden — und auf welchen anderen Fall könnte der Ausdruck res dissipatae in diesem Gegensatz gehen, als auf den Fall, wo der Mann die Dotalsachen in Geld um-

Andererseits fallen unter den Eigenthumsanspruch auch diejenigen Sachen, welche gegen eine Taxe in der Weise zur Dos gegeben worden sind, daß den eigentlichen Dotalgegenstand die Schätzungssumme bilden soll, diese Sachen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Schätzungssumme nicht gezahlt wird [8]. Ebenso können veräußerte Sachen, welche mit Dotalgeld angeschafft worden waren, nur dann vindicirt werden, wenn die Kaufsumme nicht gezahlt wird [9].

---

gesetzt und das Geld verschwendet hat? (Bechmann II S. 471 meint: auf den Fall der Verschleuderung, d. h. der factischen Verbringung, so daß die Sachen nicht mehr aufzufinden sind; aber ist dieser Fall praktisch so wichtig, daß es sich für den Gesetzgeber gelohnt hätte, seiner ausdrücklich zu gedenken?) Das beste Argument für die entgegengesetzte Auslegung ist, daß der Frau jedenfalls die actio hypothecaria gegen den dritten Erwerber nicht versagt werden kann, dieser actio aber von Justinian die utilis rei vindicatio gleichgestellt wird. Vgl. übrigens Czyhlarz S. 421 [9]. — Eine mittlere Meinung bei Sintenis § 133 [12]: die Frau soll den Eigenthumsanspruch gegen den dritten Erwerber dann haben, wenn (die Veräußerung ohne ihren Consens geschehen, und) der Mann insolvent sei. Für diese Meinung spricht die Tendenz des Gesetzes und l. 7 D. 23, 5; von der andern Seite: der Gesetzgeber kann sich doch unter res exstantes nur Eines gedacht haben, entweder im Vermögen des Mannes befindliche oder körperlich existirende Sachen, und einen Unterschied macht er nicht. S. noch die folgende Note. — Für die Erstreckung des Eigenthumsanspruchs auf die veräußerten Dotalsachen (im Resultat) auch Brandis ACPra. LXVI S. 131 fg., der aber auf die Worte „si tamen exstant" keine Rücksicht nimmt.

[8] Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß seine Bestimmung auch gelten solle für res aestimatae. Darunter nur res taxationis gratia aestimatae zu verstehen (Kindervater Jahrb. des gem. R. VI S. 343 fg.), ist willkürlich: und welche Veranlassung hätte das Gesetz gehabt, seine Geltung für diese Sachen ausdrücklich einzuschärfen? Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem durch den Vertrag der Parteien festgestellten Dotalgegenstand einen andern habe substituiren wollen: daraus ergibt sich die im Text bezeichnete Beschränkung. — Es wird also hier in das Gesetz etwas hineingetragen, was es nicht ausspricht. Man wird nicht sagen dürfen, daß sich durch eine ähnliche Hineintragung auch die am Schlusse der vorigen Note abgelehnte Meinung rechtfertigen lasse. Diese letztere Hineintragung müßte so lauten: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den noch im Vermögen des Mannes befindlichen Dotalsachen haben, für den Fall der Insolvenz des Mannes aber auch an den veräußerten. Die hier gemachte Hineintragung lautet so: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den im Vermögen des Mannes befindlichen (Dotal-)Sachen haben, für den Fall aber, daß ihre Forderung nicht eben auf diese Sachen gehen sollte, nur dann, wenn ihre Forderung nicht befriedigt wird. Der Unterschied scheint mir auf der Hand zu liegen. — Für die Meinung, daß das Gesetz die res venditionis gratia aestimatae schlechthin ergreife, neuerdings Bechmann II S. 469 fg. Gegen seine Berufung auf die bereits im classischen R. anerkannte freie Behandlung des Aestimationsvertrages s. seine eigene Bemerkung II S. 222 zweiter Abs.

Dritte Besitzer können dem Anspruch der Frau keine Verjährung entgegensetzen, welche abgelaufen ist, bevor die Dos an die Frau zurückgefallen ist [10].

Ueber die gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Dos zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs s. § 267 Ziff. 8.

ee. Beweis*.

§ 504.

Der Beweis des Empfanges einer Dos kann nach römischem Recht durch die Heirathsurkunde nicht ohne Weiteres geführt werden. Gegen eine in derselben enthaltene Erklärung, daß Etwas als Dos gegeben worden sei, kann der Mann sich in gleicher Weise vertheidigen, wie gegen das Bekenntniß des Empfanges eines Darlehns (§ 372): also durch Rückfordern der Urkunde, durch Ableugnung des Empfanges gegenüber der Rückforderung der Dos, durch schriftlichen Protest [1]. Nur die Fristen sind hier anders bestimmt: der

[9] Der Grund ist der gleiche, wie in dem vorigen Fall: weil auch hier die angeschaffte Sache nicht den eigentlichen Gegenstand der Dos bildet (§ 500 [1]).

[10] L. 30 cit. — „Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore introducta, mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, i. e. opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit". Vgl. I § 109 [7]. § 182 [13].

* S. namentlich Gneist formelle Verträge S. 32—50, wo auch die frühere Literatur berücksichtigt ist. Aus der Zeit nachher: Bähr Anerkennung Anh. XII zu [53]. XIV nach [66], Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 267 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 214 fg., Sintenis II § 96 [30]. III § 133 [6], Czyhlarz S. 399 fg.

[1] L. 3 C. de dote cauta non numerata 5, 15, Nov. 100. Dem Manne steht zu die querela (Nov. 100) non numeratae pecuniae, non numeratae dotis (l. 14 § 4 i. f. C. 4, 30). Die in § 372 für die querela non numeratae pecuniae angegebenen Grundsätze gelten auch hier (zu Ziff. 3 das. vgl. l. 4 C. 5, 11). — Die querela non numeratae dotis steht dem Manne zu nur gegenüber der Heirathsurkunde (pacta dotalia, pacta nuptialia), nicht gegenüber einem sonstigen Empfangsbekenntniß. Sowohl l. 3 cit. als Nov. 100 denken sich die Erklärung, daß eine Dos gegeben worden sei, als ausgehend nicht von dem Manne, sondern von dem Besteller. S. namentlich Gneist S. 42 fg. Auch unter l. 14 C. 4, 30 fällt das nicht in der Heirathsurkunde enthaltene Bekenntniß über den Empfang einer Dos nicht. Wenn l. 3 C. 5, 15 nicht geradezu ein Bestandtheil der l. 14 cit. gewesen ist, so war sie doch nur um einen einzigen Monat älter: wie ist es denkbar, daß das letztere Gesetz über den Gegenstand des ersteren eine anderweitige Bestimmung habe treffen wollen, ohne dasselbe nur zu erwähnen? Um so mehr, da in demselben ausdrücklich bestimmt § 504.

Mann hat dieses Recht, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger bestanden hat, nach Auflösung der Ehe noch ein Jahr lang; wenn die Ehe mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre bestanden hat, drei Monate lang; wenn die Ehe mehr als zehn Jahre bestanden hat, gar nicht mehr[2]. Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit kann der Mann auf keinen Fall länger begehren, als binnen zwölf Jahren nach Abschluß der Ehe; die Erben des minderjährigen Mannes haben Ein Jahr, Erben, welche ihrerseits minderjährig sind, fünf Jahre[2]. — Diese Bestimmungen sind durch die Reichscivilproceßordnuug beseitigt worden[3].

ff. Gegenansprüche*.

§ 505.

Ein Gegenanspruch steht dem Manne zu wegen nothwendiger Verwendungen[1]: dieselben mindern den Betrag der Dos[2], und

ist, daß gegen eine Quittung über den Empfang einer Dos, welche nach der Heirathsurkunde ausgestellt worden sei, die exc. non num. pec. nicht stattfinden solle. — Die besonderen bei § 372[16] bemerkten Auffassungen von Bähr und Schlesinger beziehen sich auch auf die querela non numeratae dotis.

[2] Diese Vorschriften sind enthalten in Nov. 100. Vgl. dazu die bei Gneist S. 33[1] Genannten.

[3] Anders die fünfte Auflage. Aber wenn auch EG. z. CPO. § 17 nur bestimmt, daß die Beweiskraft eines „Schuldscheins oder einer Quittung" an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden sei, so sagt doch § 259 Abs. 2: „An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden". So mit Recht Mandry § 27[41].

* Valett theoretisch-praktische Abhandlungen Nr. 1 (1824). Glück XXVII S. 374—454; Sintenis III S. 60—62. [Leinweber die Dotalimpensen. Wien 1893. Kintscher dos ipso iure impensis necessariis minuitur. Erl. Diss. 1899.]

§ 505. [1] Ueber den Begriff s. l. 1 § 1 — l. 4 pr. D. de impensis in res dotales factis 25, 1, l. 79 pr. D. 50, 16; aber auch Note [5]. Vgl. I § 195[2].

[2] Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. L. 5 D. 25, 1, l. 61 D. 23, 2, l. 5 § 2 D. 23, 4, l. 1 § 4. l. 5 D. 33, 4, l. un. § 5 C. 5, 13, § 37 I. 4, 6. Die Minderung bezieht sich aber nur auf den Gesammtbetrag der Dos, nicht auf die einzelnen Sachen, auf welche die Verwendungen gemacht worden sind, l. 5 pr. D. 25, 1, l. 1 § 4 D. 33, 4, l. 56 § 3 D. 23, 3. Doch gab es in der römischen Jurisprudenz auch eine ältere Auffassung, welche das Gegentheil annahm, und von dieser finden sich noch Spuren in l. 56 § 3 cit., vgl. auch einerseits l. 4 § 5 D. 15, 1, andererseits l. 6. 8 D. 33, 8. Consequenzen aus dem bezeichneten Satze (abgesehen von der von Justinian daraus gezogenen in Note [8]): l. 5 D. 33, 4, l. 1 § 5 D. 37, 7, l. 5 § 2 D. 23, 4. Literatur: Glück XXVII S. 396 fg., Dernburg Compensation S. 107 fg. (2. Aufl. S. 126 fg.), M. S. Mayer Interpretatio l. 56 § 3 D. 23, 3 (1859), Bechmann II S. 257 fg., Scheurl XI S. 277—288, Czyhlarz S. 277—291,

daher kann der Mann sie abziehen, wenn er eine Geldleistung zu machen hat[3], sonst das Herauszugebende innebehalten, bis er für sie befriedigt worden ist[4]. Dieß gilt jedoch nur von den auf die Dotalsachen selbst, nicht von den auf die Fruchtziehung gemachten Verwendungen[5], und auch von den ersteren dann nicht, wenn sie nothwendig waren, um die Sachen in einem gebrauchs- und ertragsfähigen Zustand zu erhalten[6]. Wegen nützlicher Verwendungen[7] hat der Mann zwar ein Rückforderungsrecht, kann dasselbe aber nicht als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos geltend machen[8]. Wegen Verwendungen, welche auch nicht nützlich sind, steht dem Manne nur ein Wegnahmerecht zu[9. 10].

d. Dotalverträge*.

§ 506.

Wenn die Parteien über das Schicksal der Dos, für die Zeit während des Bestehens der Ehe oder für die Zeit nach Auflösung

---

Brinz 1. Aufl. S. 1254 fg. (2. Aufl. III S. 726 fg.), Pernice Labeo I S. 385 fg. S. auch Jhering Geist des r. R. III § 52 zu [55 fg.]. Jahrb. für Dogm. XVI S. 247.

[3] L. 5 pr. D. 25, 1. „Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri".

[4] Der Mann hat „retentionem". Ulp. VI, 9. 14. 15, § 37 I. 4, 6, l. 56 § 3 D. 23, 3.

[5] L. 16 D. 25, 1, l. 7 pr. D. 24, 3.

[6] L. 7 § 16 D. 24, 3, l. 12. l. 15 D. 25, 1.

[7] Näher: wegen solcher Verwendungen, die, ohne nothwendig zu sein, im Interesse der Frau lagen. L. 5 § 3. l. 6. l. 8. 10. l. 14 § 1 D. 25, 1, l. 79 § 1 D. 50, 16, l. un. § 5 C. 5, 13. Vgl. I § 195 [6. 7].

[8] Ursprünglich hatte der Mann auch wegen dieser Verwendungen „retentionem". Ulp. V, 9. 16. Justinian hat, wie alle retentiones ex dote, so auch die retentio propter impensas aufgehoben, und nur wegen impensae necessariae auf Grund des Satzes, daß sie „minuunt dotis quantitatem", ein Retentionsr. bestehen lassen. L. un. § 5 C. 5, 13. — Ueber die Meinung, daß Justinian in diesem Gesetze nur die retentiones ex dote als solche, nicht aber die Geltendmachung von Gegenansprüchen des Mannes durch Retention, wo dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sei, habe aufheben wollen, s. Dernburg Compensation S. 165—171 (2. Aufl. S. 162—167), Bechmann II S. 369—372, Czyhlarz S. 386—388.

[9] L. 7 pr. l. 9. l. 11 pr. l. 14 § 2 D. 25, 1, l. un. § 13 C. cit. Vgl. I § 195 [12].

[10] Nach älterem r. R. konnte der Mann auch seine Ansprüche aus einer der Frau gemachten Schenkung und aus einer von derselben begangenen Entwendung (actio rerum amotarum) als Gegenanspruch gegen den Anspruch

derselben, vertragsmäßige Bestimmungen getroffen haben, so sind, die Gültigkeit des Vertrages vorausgesetzt [1], diese, und nicht die bisher entwickelten gesetzlichen Regeln, maßgebend [2]. Die Parteien können aber nicht Alles ausmachen, was ihnen beliebt; hierfür gelten folgende Grundsätze.

1. Wer für die Frau eine Dos gibt, kann bei der Bestellung über die Dos bestimmen, was er will [3]; nach der Bestellung dagegen kann er ohne Consens der Frau keine derselben nachtheilige Bestimmung treffen [4]. Auch bei der Bestellung hat nicht unbedingt freie

---

auf Herausgabe der Dos retentionsweise geltend machen. Ulp. VI, 9. Justinian hat auch diese retentiones aufgehoben, l. un. § 5 cit. Die von Justinian in demselben Gesetz gleichfalls aufgehobenen retentiones propter liberos und propter mores (Ulp. VI, 10—12) waren schon vorher gegenstandslos geworden § 510. [Vgl. de la Fournière des rétentions de dot. Th. de Paris 1893.]

* Dig. 23, 4 de pactis dotalibus. Cod. 5, 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Glück XXV S. 330—374, Bechmann II S. 377—395, Scheurl XI S. 330 fg., Czyhlarz S. 429 fg. Brinz 1. Aufl. S. 1279 fg. 2. Aufl. II § 487—489. Mit Recht nennt Bechmann diese Lehre eine „dornenvolle“. Auch die neueren Darstellungen derselben haben nicht Alles eben gemacht.

§ 506. [1] Vertrag zu Gunsten eines Dritten: r. R. l. 45 D. 24, 3. l. 7 C. 5, 14, l. 9. 23 D. 23, 4, l. 26 § 4. l. 29 § 2 D. 23, 4 l. 4 C. 5, 14; heutiges R. § 316 a. E. § 316[a]. [Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 28 fg.]

[2] Wenn speciell der Geber der Dos sich den Rückfall derselben an sich selbst bedungen hat, so heißt die Dos nach Ulp. VI, 5 dos recepticia. L. 9. l. 23 D. 23, 4, l. 1 C. 5, 14, l. 29 D. 24, 3, l. 6 C. 5, 12, l. un. § 13 C. 5, 13.

[3] L. 20 § 1 D. 23, 4. „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult paciscі et ignorante muliere sicuti et stipulari potest; legem enim suae rei dicit“. Im Princip gilt dieß auch für den Vater und den väterlichen Ascendenten, l. 7 D. 23, 4.

[4] L. 7 cit. (Note [3]): — „si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset“. L. 20 § 1 cit., l. 28 D. 23, 3, l. 7 C. 5, 12, l. 29 pr. D. 24, 3. — In l. 29 pr. i. f. D. 24, 3 heißt es vom Vater der Frau: „Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari“. Dieß hat seinen Grund in der nach r. R. dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern (vgl. l. 5 § 14 D. 23, 3), nnd kann daher heutzutage auf gemeinrliche Geltung keinen Anspruch .machen. Anders fassen die l. 29 pr. cit. auf Bechmann II S. 150, Czyhlarz S. 443[3], Dernburg III § 17[9]. — L. 40 D. 24, 3? Bechmann II S. 174 sucht die Lösung in der Annahme, diese Stelle setze einen Vater ohne väterliche Gewalt voraus. Berechtigung und erklärende Kraft dieser Annahme leuchten nicht ein. S. auch dens. I S. 159 fg. Andere wollen durch Aenderung des Textes („non ex filiae voluntate, nach den Basiliken) oder der Interpunktion („pater, ex filiae voluntate divortio facto“) helfen. S. Mommsen in seiner Ausgabe und Czyhlarz S. 415.

Hand der Vater oder der väterliche Ascendent, welcher eine Dos geben muß; derselbe kann: a) für den Fall, wo die Dos an die Frau fällt, nichts derselben Nachtheiliges ohne deren Consens bestimmen [5]; b) er kann nicht bestimmen, daß die Dos den Erben des Mannes bleiben solle, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst werde [6].

2. Die Frau, welche selbst eine Dos gibt, kann auch bei der Bestellung [6a] keine ihr nachtheilige Bestimmung zu Gunsten des Mannes treffen [7], mit Ausnahme der Bestimmung daß der Mann im Falle des Vorhandenseins von Kindern die Dos behalten solle, wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgelöst werde [8].

3. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte der ihm übergebenen Dos nicht beziehen solle [9], es müßte denn zugleich ausgemacht werden, daß die Frau selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe [10]. Wohl kann ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte theilweise nicht beziehen solle [11]; doch fällt

---

[5] L. 19 D. 23, 4. (Bestimmung, daß die Dos zu einem späteren als dem gesetzlichen Termin zurückgegeben werden solle.) In dieser Stellung ist ohne Zweifel statt: „*et* interveniente" zu lesen: „*aut* interveniente". L. 14—16 eod.

[6] L. 3 C. 5, 14. „Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur, eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest". L. 2 D. 23, 4.: — „non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit". Vgl. l. 6 C. 5, 14, l. 12 pr. l. 26 pr. — § 2 D. 23, 4.

[6a] Viel weniger nach Eingehung der Ehe. L. 18. l. 29 pr. D. 23, 4, § 500 [11].

[7] L. 17 D. 23, 4. (Bestimmung, daß die Dos später zurückgegeben werden solle.) L. 14—16 eod.

[8] L. 1 § 1 D. 33, 4, l. 2. l. 24. l. 26 § 1. 2 D. 23, 4, Vat. fr. § 106. 120.

[9] L. 4 D. 23, 4. In einer solchen Bestimmung liegt ein Widerspruch gegen die Erklärung, daß der Mann eine Dos haben solle. Bei diesem Widerspruch wird die positive Erklärung aufrecht erhalten, nicht die negative. Vgl. auch Bechmann II S. 189, Czyhlarz S. 437. — Anders wenn dem Manne die Dos bloß versprochen worden ist. In diesem Falle wird ein Vertrag aufrecht erhalten, durch welchen dem Manne das R. auf Einforderung des Kapitals ganz oder theilweise genommen wird. L. 12 § 1. 2. l. 20 § 2. l. 32 § 1 D. 23, 4, l. 20 (vgl. l. 76) D. 23, 3. Jedoch soll auch in diesem Falle eine freiere Interpretation zu Gunsten der Dos erlaubt sein, l. 11 D. 23, 4 Francke ACPra. XVII S. 465—470.

[10] L. 4 i. f. D. 23, 4.

dieser Vertrag, wenn er während bestehender Ehe abgeschlossen wird, unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten [12].

4. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann keinen Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendung haben [13], und daß ihm nicht die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zustehen solle [14]; andererseits auch nicht, daß er von der Verhaftung für Nachlässigkeit frei sein solle [15]. —

Wenn in Folge des Ehevertrages die Dos an den Mann fällt, so erwirbt er, wenn Kinder vorhanden sind, an dem Ganzen derselben nur den Nießbrauch, während er das Eigenthum mit den Kindern theilt [16].

[Das BGB. kennt keine dos; auch die Willkür der Parteien kann sie nicht schaffen (1433 Abs. 1).]

2. Von dem freien Vermögen der Frau.

§ 507.

Alles Vermögen der Frau, welches dieselbe dem Manne nicht ausdrücklich oder stillschweigend zur Dos gegeben hat, ist ihr freies Vermögen (Paraphernalvermögen) [1]. Der Mann hat an diesem Vermögen keine anderen Rechte als diejenigen, welche die Frau ihm einräumen will [2]. Gibt die Frau dieses Vermögen in die Ver-

---

[11] L. 28. l. 31 D. 23, 4. L. 28 cit.; — „eoque modo minorem dotem constitutam".

[12] L. 28 cit. i. f.

[13] L. 5 § 2 D. 23, 4: — „quia tales impensae dotem ipso iure minuunt". Vgl. übrigens Mayer (cit. § 505 [2]) p. 5 sqq. Bechmann II S. 380, Czyhlarz S. 431.

[14] S. § 490 [7].

[15] L. 6 D. 23, 4. Bechmann II S. 384, Czyhlarz S. 435.

[16] Nov. 98 c. 1, Nov. 127 c. 3.

§ 507. [1] Παράφερνα, parapherna. L. 8 C. 5, 14. Es kommt auch die Redeweise dare in parapherna vor, l. 9 § 3 D. 23, 3, l. 11 C. 5, 14. Ein anderer Ausdruck, welchen die Quellen gebrauchen, ist peculium. L. 9 § 3 cit.: „quae Graeci παράφερνα dicunt, quaeque Galli peculium appellant"; l. 31 § 1 D. 39, 5. „Res extra dotem constitutae": l. 95 pr. D. 35, 2, l. 29 C. 5, 12. — In Deutschland hat man den Ausdruck bona paraphernalia zur Bezeichnung desjenigen Vermögens der Frau verwendet, welches zwar nicht Dos ist, aber nach gesetzlicher Regel des Particularr. der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegt (§ 491 [3]); das diesen Befugnissen des Mannes durch ausdrückliche Disposition entzogene Vermögen der Frau wird dann als bona recepticia unterschieden. Glück XXV S. 273. Vgl. über einen entsprechenden römischen Sprachgebrauch Gell. N. A. XVII, 6.

waltung des Mannes [3], so haftet derselbe nur für relative Sorgfalt, und die Frau hat zur Sicherheit ihrer Ansprüche gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem gesammten Vermögen [4].

[Vgl. BGB. 1426 fg. bes. 1430. 1359; auch 1371. 1441. 1526. 1549.]

3. Von der Eheschenkung *.

§ 508.

In der nachconstantinischen Zeit war es bei den Römern Sitte, daß von Seiten des Mannes der Frau eine Gegengabe gegen die Dos [1] bestellt wurde, mit der Bestimmung [1a], daß diese Gegengabe

[2] L. 8 C. 5, 14. L. 9 § 3 D. 23, 3 spricht davon, daß dieses Vermögen dem Manne sogar zum Eigenthum übergeben werden könne; der Frau steht dann nach Auflösung der Ehe eine condictio sine causa zu.

[3] D. h. mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dieses Vermögen nicht Dos sein, sondern der Mann es als freies Vermögen der Frau verwalten solle. Vgl. § 494 [18]. Veräußerungsr. des Mannes: Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 56 (= Sf. XXVII. 142).

[4] L. 11 C. 5, 14. In dieser Stelle ist nur von Kapitalvermögen (nomina) die Rede; aber s. I § 232 [12]. Die Stelle enthält noch die fernere Bestimmung, daß der Mann die Zinsen der ihm übergebenen Kapitalien zu Ehezwecken („circa se et uxorem") solle verwenden dürfen. Ich halte diese Bestimmung für in dieser Form heutzutage unanwendbar. Uebergibt die Frau dem Manne ihr Kapital- oder sonstiges Vermögen ohne weitere Bestimmung, so ist anzunehmen, daß sie ihm dasselbe zur Dos habe geben wollen (§ 494 [13]), und der Mann bezieht dann allerdings für sich die Einkünfte dieses Vermögens, allein nicht als Verwalter. Hat aber die Frau ausdrücklich erklärt, daß der Mann nur Verwalter sein solle, so liegt m. E. ein anderer Fall vor, als der in l. 11 cit. vorausgesetzte. Vgl. Sf. XXIX. 145. [S. BGB. 1430.]

* Cod. 5, 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis. — Glück XXV S. 274—329 (1824). Burchardi ACPra. IX S. 197 fg. (1826). Warnkönig das. XIII S. 1 fg. (1830). v. Löhr das. XV S. 431. XVI S. 1 fg. (1832. 1833). Francke das. XXVI S. 68 fg. (1843). v. Löhr das. XXX S. 323 fg. (1847). H. Schott die donatio propter nuptias, Inauguralabhandl., München 1867. Vangerow I § 222 Anm. Brinz 1. Aufl. S. 1285 fg. (2. Aufl. II § 490. 490a). [[Mitteis Reichsr. und Volksr. S. 256—312. F. Brandileone sulla storia e la natura della donatio propter nuptias. Bol. 1892.]] [Zu Desminis die Eheschenkung nach röm. und insbesondere nach byzantinischem R. Athen 1897 vgl. Erman CBl. f. RW. XIX S. 83.]

[1] L. 20 C. 5, 3: — „quia quasi antipherna haec possunt intelligi". Und ferner: — „ut non simplices donationes intellegantur, sed propter dotem et propter nuptias factae". Daher der neulateinische Ausdruck: contrados, antidos. Die römische Bezeichnung war früher: donatio ante nuptias, bis Justinian mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung einer Eheschenkung auch während bestehender Ehe (l. 19. 20 C. 5, 3,) die Bezeichnung donatio propter nuptias vorschrieb. L. 20 cit., § 3 I. 2, 7. — Dafür, daß eine solche § 508.

nach Auflösung der Ehe an die Frau unter gewissen Voraussetzungen, und namentlich im Fall ihres Ueberlebens, ganz oder theilweise fallen solle, während zugleich ausgemacht wurde, daß unter der entgegengesetzten Voraussetzung, namentlich also im Falle des Ueberlebens des Mannes, dieser die Dos ganz oder theilweise behalten solle[2]. Nach der Bestimmung K. Leo's müssen die von Dos und Eheschenkung gegenseitig zugesicherten Quoten gleich sein[3], nach der Bestimmung Justinians auch Dos und Eheschenkung selbst[4]. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhält die Frau an dem Ganzen der Eheschenkung nur Nießbrauch, wogegen sie das Eigenthum mit ihren Kindern theilt[5]. Während bestehender Ehe ist die Eheschenkung in den Händen des Mannes, nicht bloß factisch[6], sondern auch rechtlich[7]; doch darf er die unbeweglichen Sachen derselben

Schenkung regelmäßig vorkam: l. 19 C. 5, 3 („*interdum* accidit, ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse").

[1a] [[Mitteis: die donatio fällt im Falle des Todes des Mannes oder der Scheidung durch denselben nach gesetzlicher Regel an die Frau (S. 262 fg. 305. 306 fg.)]. [Ein Gesetz von Leo, von welchem das syr.-röm. Rbuch berichtet, L. 92. P. 41a. Ar. 51. Arm. 48) hatte jedoch bestimmt, daß beim Tode des Mannes die überlebende Frau nur die Hälfte der donatio erhalten solle. Nach diesem Gesetz konnte mehr nur auf Grund besonderer Abrede an die Frau fallen, und solche Abreden wurden dann, ebenfalls durch Leo (l. 9 C. 5, 14), an die Voraussetzung gebunden, daß dem Manne von der dos eine gleiche Quote zugesichert wurde (S. 309 fg.)]

[2] L. 9. 10 C. 5, 14, l. 19. 20 C. 5, 3, Nov. 22 c. 20 pr., Nov. 97 c. 1. — Uebrigens ist das im Text über die Bedeutung der donatio propter nuptias Gesagte bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Vielmehr gehen die Meinungen hier sehr auseinander, wie das bei dem Zustande unserer Quellen, welche mehr voraussetzen, als aussprechen, nicht anders möglich ist. Vgl. die Uebersicht bei Francke S. 67 fg., dazu aber auch den zweiten Aufsatz von Löhr, Vangerow I § 222 Anm., Schott S. 4 fg. [[Mitteis S. 256 fg.]]

[3] L. 9. 10 C. 5, 14, Nov. 22 c. 20 pr. [S. 1a.]

[4] Nov. 97 c. 1. 2.

[5] In gleicher Weise wie der Mann, wenn die Dos an ihn fällt (§ 506 [16]). Nov. 98 c. 1, Nov. 127 c. 3.

[6] Nur wenn der Mann in Vermögensverfall geräth, kann die Frau, wie die Dos (§ 498), auch die Eheschenkung einfordern, muß aber dann ihren Ertrag zu Ehezwecken verwenden. L. 29 C. 5, 12.

[7] A. M. Löhr XV S. 459. 460, welcher aber das beste Argument für seine Ansicht: daß die Frau nach l. 5 C. 5, 9 dem Manne die Eheschenkung als Dos zurückzugeben pflegt, nicht nennt. [[Mitteis S. 297. 301.]] Wie es sich auch hiermit verhalten mag, so wird der im Text aufgestellte Satz unwiderleglich durch Nov. 61 bewiesen, welche das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken auf die Eheschenkung ausgedehnt hat. Uebereinstimmend Schott S. 64.

nicht veräußern [8], und der Anspruch der Frau auf eventuelle Herausgabe ist durch eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen gesichert [9]. Geräth der Mann in Vermögensverfall, so kann die Frau die Eheschenkung sogleich einfordern, um den Ertrag derselben ihrerseits zu den Ehezwecken zu verwenden [9a]. Für den Vater des Mannes besteht eine gleiche Verpflichtung zur Bestellung einer Eheschenkung, wie für den Vater der Frau eine Verpflichtung zur Bestellung einer Dos [10]. Den besonderen Vorschriften für die Schenkung unterliegt die Eheschenkung nicht [11]. —

In Deutschland ist der Satz, daß der Dos nothwendigerweise eine an Größe gleiche Eheschenkung entsprechen müsse, nicht praktisch geworden; damit fällt auch die Verpflichtung des Vaters zur Bestellung einer Eheschenkung weg [12]. Im Uebrigen kommt es auch heutzutage vor, daß von Seiten des Mannes der Frau etwas als Gegengabe gegen das von ihr Zugebrachte für den Fall ihres Ueberlebens ausgesetzt wird [13], und es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auf eine solche Aussetzung, wenn Vertrag oder Particularrecht nicht entgegenstehen, die Grundsätze des römischen Rechts von der Eheschenkung angewendet werden sollten [14].

[Dem BGB. ist das Institut nicht bekannt.]

---

[8] Nov. 61. Durch die Zustimmung der Frau wird die Veräußerung nur dann gültig, wenn dieselbe nach zwei Jahren wiederholt wird, und es zugleich an anderweitigem Vermögen des Mannes zur Befriedigung der Frau nicht fehlt. Nov. 61 c. 1 § 2. 3.

[9] L. 12 § 2 C. 8, 17 [18], Nov. 109 c. 1. Vgl. I § 232 [13]. — Die Frau hat auch, wie bei der Dos, neben der actio hypothecaria eine utilis rei vindicatio. Nov. 61 c. 1 § 1 und *Auth. Permissa est* zu l. 20 C. 5, 3.

[9a] L. 29 C. 5, 12. Vgl. § 498 [1].

[10] L. 7 C. 5, 11.

[11] Nov. 119 c. 1. „Sponsaliciam largitatem contractum specialem esse et iudicari et non aliis donationibus eam connummerari, per praesentem sancimus legem, quoniam pro ea aequalitas dotis offertur". Im Besonderen: die Eheschenkung kann auch während bestehender Ehe gemacht werden, l. 19. 20 C. 5, 3, § 3 I. 2, 7; ihre Gültigkeit hängt bei keinem Betrage von der Insinuation ab, Nov. 119 c. 1 vgl. Nov. 127 c. 2.

[12] Sf. XII. 275.

[13] Es ist dieß ein so nahe liegender Gedanke, daß es ihm ganz an Verwirklichung zu keiner Zeit und an keinem Orte fehlen wird. In Deutschland finden sich für solche Aussetzungen die Ausdrücke: Widerlage, Gegengeld, Gegengift, Gegenvermächtniß, Contrados.

[14] Glück XXV S. 308 fg., Mittermaier deutsches Privatr. § 393. Die herrschende Meinung betrachtet die römische Lehre von der donatio propter

4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten*.

§ 509.

Ehegatten können sich einander nicht gültig schenken.[1]

1. Ungültig ist nur die eigentliche Schenkung und nur die Schenkung im engeren Sinn (§ 365), d. h. nur diejenige Zuwendung,

---

nuptias einfach als unanwendbar. So auch Sintenis § 132[3], Schott S. 78. 79, [Dernburg III § 25[4].] C. R.: c. 5. 6 X. 4. 20, c. 15 X. 2, 2. Glück S. 311. Ortloff, Heimbach und Vermehren jur. Abhandlungen II S. 3 fg. — Unter den Particularren geht am Weitesten in der Anerkennung des r. R. das Bayer. Landr. I. 6 § 14. Roth Bayr. Civilr. I S. 337. 338, [2. Aufl. S. 434 fg.].

* Dig. 24, 1 de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5, 16 de donationibus inter virum et uxorem *cett.* — Glück XXV S. 422 fg. XXVI S. 1 fg. Savigny System IV § 162—164. v. Löhr ACPra. XVI S. 233 fg. (1833). Francke das. XVIII S. 1—7 (1835). Keyßer das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten nach r. R., Erl. Diss. 1878. Hofmann Grünh. ZS. VIII S. 286—502 (1881). Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rgeschäfte S. 191—256. 1887. Dazu Eck kr. VJS. XXX S. 86 fg. Sintenis III § 135, Brinz 1. Aufl. S. 1303 fg. 2. Aufl. III S. 790 fg. [Πολυγένης περὶ τῆς ἀπαγορεύσεως τῶν δωρεῶν μεταξὺ συζύγων. Athen 1890. Duthoit (§ 502[4]) p. 9 s. Arnette des donations entre époux pendant le mariage, Th. de Paris 1893. — Sterio Arch. giur. LV p. 1 s. (1895) nimmt auf r. R. nur wenig Bezug. — Ascoli trattato delle donazioni. Firenze 1898 p. 497 s. — Calixte des donations entre époux en droit international privé. Th. de Paris 1895.]

§ 509. [1] Diesen Satz führen die Römer auf Gewohnheitsr. zurück. Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent". L. 1 D. 24, 1. Als Grund wird angegeben: Schutz gegen eigene Schwäche und gegen habsüchtige Ausbeutung von Seiten des Andern, auch Rücksicht auf den Ruf der Ehegatten (»ne concordia pretio conciliari videretur"). L. 1—l. 3 pr. D. 24, 1. Ueber die Zeit der Entstehung dieses Rsatzes vgl. Francke a. a. O. S. 1 fg., Bechmann Dotalr. II S. 333—334. Hofmann a. a. O. glaubt, der Satz sei ein Ueberbleibsel aus der Zeit der Manusehe. [Alibrandi ricerche sulla origine del divieto delle donazioni fra coniugi, studi e documenti di storia e diritto XIII (1892) p. 65 s. (wiederholt opere giuridiche e storiche I (Roma 1896) p. 593 s. bestreitet in sehr scharfsinniger und m. E. richtiger Ausführung den gewohnheitsrlichen Ursprung des Verbots. Da dasselbe zur Zeit des cäsarischen Repetundengesetzes (59 v. Chr.) noch nicht bestand (l. 1 i. f. D. 48, 11; Alibr. Ziff. 6), andererseits zur Zeit der Scheidung zwischen Mäcenas und Terenzia (vor 8 v. Chr.) galt (l. 64 D. 24, 1; Alibr. Ziff. 7), so muß das Verbot in der Zwischenzeit entstanden sein und kann nicht wohl gewohnheitsrlich sich gebildet haben, sondern wird von Augustus durch Gesetz eingeführt sein (Ziff. 7). Hierfür weitere Gründe Ziffer 8 fg. L. 1 D. 24, 1 ist interpolirt. Alibrandi's Gesammtansicht ergibt seine Restitution dieser Stelle (Ziff. 16) Moribus antiquis penes nos receptum erat, ne inter virum et uxorem donationes valerent, cum uxores apud viros filiarum familias loco essent. Postea D. Augustus in lege Julia et Papia decimaria eas

welche, wie einerseits eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, so andererseits eine Verminderung des Vermögens des Gebers enthält[2]. Daher liegt namentlich[3] keine ungültige Schenkung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn auch einer nur natürlichen[4], und daher im Besonderen nicht in der Bestreitung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann[5]; in der Hingabe zu einer Verwendung, durch welche die durch die Hingabe bewirkte Vermögensvermehrung wieder aufgehoben wird[6]; in dem Verzicht

---

prohibuit, ne coniuges mutuo amore cet. Die frühere Existenz der praesumtio Muciana ([26]) steht dieser Ansicht nicht entgegen; denn l. 51 i. f. D. 24, 1 zeigt selbst, daß jene Präsumtion ursprünglich mit dem Schenkungsverbot nichts zu thun hatte.]

[2] L. 5 § 8 D. 24, 1. — „Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem". L. 25 eod.: — nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 § 16 eod. — Auf den Inhalt der Vermögenszuwendung kommt es, mit den zu Note [8] und [9] bezeichneten Ausnahmen, hier so wenig an, wie bei der Schenkung überhaupt, obgleich der Hauptfall natürlich auch hier der ist, wo durch Eigenthumsverschaffung geschenkt wird. Aber s. z. B. l. 3 § 10. l. 52 § 1 D. 24, 1 (Verschaffung eines Forderungsr.); l. 3 § 10. l. 5 § 1. l. 31 § 4. 5. l. 32 § 26 D. 24, 1. (Erlaß einer Schuld); l. 46 D. 24, 1 (Verschaffung des bloßen Besitzes, vgl. § 365 [9]); l. 31 § 10 D. 24, 1 (Erhaltung einer Sache, vgl. Note [9]). Ferner ist es auch hier gleichgültig, ob die Schenkung eine mittelbare oder unmittelbare ist (§ 365 [15—17]). S. z. B. l. 5 § 6 D. 24, 1 (Nichtunterbrechung einer Verjährung. vgl. l. 44 D. 24, 1 und dazu § 365 [5. 15]); l. 5 § 7 D. 24, 1. (Nichtgebrauch einer Einrede); l. 3 § 9. 12. 13. l. 4. l. 5 § 2. 3. 4. l. 7 § 7. l. 39. l. 50 pr. l. 56 D. 24, 1, l. 5 pr. l. 11 § 2. 6. 7. 8 eod. (Schenkung durch einen Andern oder in der Person eines Andern). Schenkung unter der Hülle eines lästigen Geschäfts: l. 5 § 5. l. 7 § 6. l. 32 § 25 D. 24, 1, l. 20 C. 5, 16, l. 32 § 24 D. 24, 1; l. 5 § 5. l. 31 § 3. l. 32 § 26 D. 24, 1, l. 7 § 5 eod.; l. 52 pr. eod. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 70 fg. Vgl. auch Jhering Jahrb. für Dogm. X S. 303 fg. Sf. XXXV. 221 (in der vertragsmäßigen Einführung ehelicher Gütergemeinschaft liegt keine Schenkung unter Ehegatten). [Erlanger Kaufvertrag unter Ehegatten in Schenkungsabsicht. Erl. Diss. 1892. — RG. XXXIII S. 165 fg.: Wenn der Mann auf Wunsch der Frau einen Weinkeller und eine Veranda an sein, von der Frau mitbewohntes, Haus anbaut gegen das Versprechen der Frau, die Kosten zu tragen, so sind die von der Frau dem Manne erstatteten Kosten nicht geschenkt, weil die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehlt; zutreffend; so auch Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 310 fg.]

[3] Vgl. § 365 [3].

[4] Vgl. § 288 [8], § 289 [4. 5. 10].

[5] „Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit", l. 21 pr. § 1 D. 24, 1. L. 28 § 6. 7. l. 31 § 8 D. 24, 1. l. 11 C. 5, 16 vgl. l. 15 pr. D. 24, 1. l. 33 eod. Vgl. Sf. XII. 167.

auf einen Erwerb[7]. Auch die Schenkung im engeren Sinne ist nicht ungültig, wenn sie nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten besteht, wie sie die Folge des ehelichen Zusammenlebens ist[8], oder nur in der Ersparung einer Ausgabe[9]. Ferner sind gültig die herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke[10]; die Schenkung der Frau an den Mann, um ihm die Erlangung einer Ehrenstelle oder einer sonstigen Auszeichnung zu ermöglichen[11]; die Schenkung zum Zweck des Wiederaufbaues eines Gebäudes[12]; die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin[13].

2. Ungültig ist die Schenkung zwischen Ehegatten, d. h. diejenige Schenkung, welche zwischen Ehegatten wirksam werden soll,

[6] L. 49 D. 24, 1, l. 5 § 9 D. 23, 3. (Schenkung mit der Auflage des Weitergebens); l. 7 § 8. 9. l. 8. l. 9 pr. D. 24, 1, l. 22 C. 5, 16 (Schenkung eines Sclaven mit der Auflage der Freilassung); l. 5 § 8—12 D. 24, 1 (Schenkung mit der Bestimmung, daß das Geschenkte res divini iuris oder res publica werden solle); l. 7 § 1 D. 24, 1 (Schenkung zum Zweck des Ankaufs einer zum Verzehren bestimmten Sache, einer „res mortua“, vgl. l. 31 § 9 D. 24, 1). Anders. wenn der Zweck, zu welchem geschenkt worden ist, die Bereicherung des Empfängers nicht aufhebt, l. 13 § 2 D. 24, 1, l. 59 eod. (die Dos fällt an die Frau zurück).

[7] L. 5 § 13. 14. l. 31 § 7 D. 24, 1. Ueber den Fall des Verzichtes auf die Nutzung eines Vermögensstückes s. § 365[6] und die daselbst citirten Stellen.

[8] L. 28 § 2 D. 24, 1. „Si quas servi operas viri uxori praestiterint vel contra, magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes“. L. 18. l. 31 § 1 D. 24, 1. Allerdings liegt in einer solchen Gestattung nicht ohne Weiteres eine Schenkung (§ 365[2]); aber s. l. 31 § 1 cit. ([28]). Der gewährte Gebrauch kann jedoch gegen die von dem Gebrauchenden aufgewendeten Erhaltungskosten aufgerechnet werden. l. 31 § 10. l. 58 § 1 D. 24, 1.

[9] L. 5 § 8 D. 24, 1. (§ 365[14]). Vgl. l. 5 § 17 eod. Ueber l. 31 § 10 und l. 50 § 1 D. 24, 1, s. § 365[14].

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß sich unter ihnen nicht eine anderweitige Schenkung versteckt. L. 31 § 8 D. 24, 1. Sf. XXIV. 42. [LII. 242 (RG.). — Sf. L. 179: Schenkung eines Geldbetrages zum Ankauf eines Lotterieloofes. Wenn nicht gültig, weil Gelegenheitsgeschenk, so jedenfalls nur Rückforderung des gegebenen Betrages, nicht Abforderung des Gewinnes.]

[11] L. 40—42 D. 24, 1. Insofern hier das Hingegebene zum Wiederweggeben gegeben wird, ist schon deßwegen die Zuwendung gültig, und diesen Gesichtspunkt hebt l. 21 C. 5, 16 hervor, vgl. auch l. 5 § 17 D. 24, 1. Aber es ist nach l. 40—42 citt. nicht zu bezweifeln, daß die Schenkung durch den gedachten Zweck auch dann gültig gemacht wird, wenn zum Behalten gegeben worden ist. Vgl. Savigny S. 179. Die heutige Anwendbarkeit des Satzes leugnet das Erkenntniß bei Sf. XVII. 251.

[12] L. 14 D. 24, 1.

[13] L. 26 C. 5, 16. — S. noch § 502[7], § 508[11].

daher weder die Schenkung vor der Ehe[14], wenn nicht ihre Wirksamkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird[15], noch die Schenkung nach der Ehe[16], noch auch die Schenkung während der Ehe in dem Falle, wo ihre Wirksamkeit auf die Zeit nach der Ehe hinausgeschoben wird[17]. — Ungültigkeit der Ehe schließt zwar an und für sich die Ungültigkeit der Schenkung aus[18], nicht aber unbedingt das Rückforderungsrecht des Schenkers[19]. — In gleicher Weise, wie die Schenkung zwischen den Ehegatten selbst, ist auch die Schenkung zwischen dem Vater des Mannes, welcher den Mann in der Gewalt hat, und der Frau, und, wenn man annehmen will, daß auch heutzutage noch eine verheirathete Frau unter Gewalt stehen könne, zwischen dem Vater der Frau, welcher die Frau in der Gewalt hat,

---

[14] L. 5 pr. l. 27. l. 36 § 1. l. 66 D. 24, 1, l. 23 C. 5, 16.

[15] L. 32 § 22 D. 24, 1.

[16] L. 35 D. 24, 1. — Schenkung zwischen zwei Ehen: l. 56 D. 24, 1.

[17] Daher ist namentlich gültig die Schenkung auf Todesfall, „quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt", l. 9 § 2. l. 10 D. 24, 1. Der Beschenkte wird aber erst Eigenthümer mit dem Tode des Schenkenden, auch wenn die Absicht des Schenkenden auf sofortige Eigenthumsverschaffung gerichtet war (§ 369 [3]); nur hat in diesem letzteren Fall der Tod des Schenkenden rückwirkende Kraft, l. 11 pr. — § 9. l. 20 D. 24, 1, l. 40 D. 39, 6. Durch die Scheidung verliert die Schenkung auf Todesfall ihren Bestand, l. 11 § 10 D. 24, 1. — Ferner ist gültig die Schenkung auf den Fall der Scheidung, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant". L. 11 § 11 — l. 13 pr. l. 60–62 pr. D. 24, 1. Unter demselben Gesichtspunkt (vgl. l. 5 § 1 D. 48, 20, l. 1 C. 5, 17) wird in den Quellen auch die Schenkung deportationis oder exilii causa für gültig erklärt, l. 13 § 1. l. 43 D. 24, 1. Mit Unrecht glaubt Sf. XXXV. 135 (vgl. auch XXXVII. 320), daß die Gültigkeit der Schenkung auf den Fall der Scheidung für das heutige R. mit der Zulässigkeit der Scheidung durch gütliche Uebereinkunft weggefallen sei.

[18] L. 3 § 1 D. 24, 1.: — si aliquod . . impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit". L. 7 C. 5, 16: — „licet ipso iure donatio tenuerit".

[19] Man unterscheide: a) wenn der Schenker die Ehe irrigerweise für gültig gehalten hat, so kann er zurückfordern wegen Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher er geschenkt hat, l. 32 § 27 D. 24, 1 (vgl. Windscheid Voraussetzung S. 109 fg.). b) Hat der Schenker die Ungültigkeit der Ehe gekannt, so kann er in dem Falle zurückfordern (vgl. l. 65 D. 24, 1), wo die Ehe eine verbotene ist, und den Empfänger, nicht aber ihn selbst, in Betreff der Verletzung des Eheverbotes ein Vorwurf trifft — „ne melior sit condicio eorum qui deliquerunt", l. 3 § 1 D. 24, 1, l. 7 C. 5, 16 (vgl. l. 128 D. 30). c) Trifft auch den Schenkenden ein Vorwurf, so steht das Rückforderungsr. dem Fiscus zu, l. 32 § 28 D. 24, 1.

und dem Manne, sowie zwischen den beiderseitigen Vätern, welche Mann und Frau in der Gewalt haben, ungültig[20].

3. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist Nichtigkeit[21], und zwar auch in dem Falle, wo die Schenkung durch das Geben oder Empfangen einer dritten Person vollzogen wird[22]. Nur dann, wenn die Schenkung durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wird, tritt der Erwerb wirklich ein, und der Beschenkte haftet bloß obligatorisch auf Herausgabe des Geschenkten[23]. Auch dann findet obligatorische Verhaftung statt, wenn die Schenkung in

[20] Das r. R. stellt den Satz auf, daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten mit den Ehegatten als Eine Person gerechnet werden soll, wer einen Ehegatten in seiner Gewalt hat, oder in dessen Gewalt steht, oder mit demselben in der Gewalt der nämlichen dritten Person steht. Ein kürzerer Ausdruck für diesen Satz ist: es soll nicht aus der familia des einen Ehegatten in die familia des andern geschenkt werden. L. 3 § 2–8. l. 26 § 1. l. 32 § 16. 19. 20. 21. l. 53 pr. l. 60 pr. D. 24, 1, l. 4. 5 C. 5, 16. Was die Anwendbarkeit dieses Satzes im heutigen R. angeht, so kommt, auch abgesehen von der Frage, ob heutzutage eine verheirathete Frau noch unter Gewalt stehen kann (s. darüber § 525 [20, 3]), in Betracht, daß bereits nach Justinianischem R. die Schenkung an den Sohn des Mannes, welcher in dessen Gewalt steht, so wie an den Bruder des Mannes, welcher mit ihm unter der Gewalt derselben Person steht (bez. an den Bruder der Frau unter der gleichen Voraussetzung) nicht mehr ungültig ist; denn das Geschenkte wird peculium adventicium, und das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bewirkt nur, daß der Vater den sonst an dem pec. adventicium ihm zustehenden Nießbrauch nicht erwirbt. Vgl. Savigny S. 171. 172, Sintenis III S. 68.

[21] L. 3 § 10. 11. l. 5 § 1. 18. l. 33 pr. § 1. l. 36 pr. l. 38 § 1. l. 48. l. 52 § 1 D. 24, 1., vgl. l. 31 § 3 eod. Nichtig ist auch die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Erfüllung einer schenkungshalber übernommenen Obligation, auch im Fall des Irrthums. L. 39 D. 24, 1 Gradenwitz S. 216 fg. Wie ist es, wenn der Promissar aus der ungültigen Schenkung den Promittenten einem Dritten delegirt oder der Promittent einen Dritten dem Promissar delegirt? Auch in diesem Fall muß Nichtigkeit angenommen werden. Gradenwitz S. 231 fg. RG. XXIV S. 177 fg.

[22] L. 3 § 12. 13. l. 4. l. 5 § 3. 4. l. 39. l. 56 D. 24, 1. Vgl. § 367 [8], auch I § 172 [16].

[23] L. 5 § 6. 7 D. 24, 1. — Zu dem im Text genannten Fall ist jedoch noch der der Verarbeitung einer eigenen Sache zu Gunsten des andern Ehegatten mit Arbeitskräften, welche diesem gehören, hinzuzufügen; auch in diesem Fall soll der beschenkte Ehegatte Eigenthümer werden, und nur obligatorisch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache haften — während, wenn die Verarbeitung mit den eigenen Arbeitskräften des Specificanten erfolgt, der Regel gemäß gar kein Eigenthumserwerb für den Beschenkten eintritt. L. 31 pr. § 1 D. 24, 1. — Die römische Form des obligatorischen Anspruchs ist condictio sine causa, s. l. 5 § 6. 7 citt., l. 6 D. 24, 1, l. un. C. 5, 13, und vgl. § 423 [1].

dem Bewirken einer bloßen Thatsache besteht[24], in welchem Falle natürlich von Nichtigkeit keine Rede sein kann[25]. — Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so haftet er nur auf Dasjenige, worum sein Vermögen durch dasselbe indirect noch jetzt vermehrt ist[26]. — Die von dem Geschenkten gezogenen Früchte brauchen nicht mit herausgegeben zu werden[27], wohl dagegen der sonst auf Grund des Geschenkten gemachte Erwerb[28].

4. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten wird dadurch gehoben[29], daß der Schenker stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben[30]; die Schenkung gilt dann als im Augenblicke des Todes wiederholt und demnach für die Zeit nach dem Tode gemacht[31]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß weder Scheidung

---

[24] Wie z. B. in der Verschaffung des Besitzes, in der Erhaltung oder Werthsteigerung einer Sache. L. 46. l. 31 § 10 D. 24, 1, vgl. § 431 [4].

[25] — „quoniam res facti infirmari iure civili non potest“, l. 1 § 4 D. 41, 2.

[26] L. 28 pr. § 3. l. 57 i. f. D. 24, 1.; l. 5 § 17. 18. l. 6. l. 7 pr. l. 31 § 9 D. 24, 1, l. 8. 17 C. 5, 16; l. 16 D. 24, 1; l. 7 § 3. 4. l. 28 § 3. 4. l. 29 pr. l. 50 § 1. l. 55. l. 58 § 2 D. 24, 1, l. 9 C. 5, 16, vgl. l. 67 D. 24, 1; l. 29 § 1. l. 30 D. 24, 1. Darüber, daß für das „Consumirte“ kein Ersatz gegeben zu werden brauche, enthielt der unter der folgenden Ziffer zu nennende Senatsbeschluß eine ausdrückliche Bestimmung, l. 32 § 9 D. 24, 1, und es scheint, daß erst durch diese Bestimmung jener Satz zur Anerkennung gelangt ist, s. l. 37 D. 24, 1, l. 14 D. 10, 4. Vgl. Savigny S. 63—69. Haben die Ehegatten sich gegenseitig geschenkt, so tritt im Fall der Scheidung Compensation des Verzehrten mit dem Vorhandenen ein. L. 7 § 2. l. 32 § 9 D. 24, 1. — Die Klage auf die zurückgebliebene Bereicherung ist ebenfalls eine condictio. Zuweilen wird aber auch eine utilis rei vindicatio gegeben; l. 55. l. 30 D. 24, 1, l. 1 § 5 C. 5, 13, vgl. I § 174 [9].

[27] L. 15 § 1. l. 16. l. 17 pr. D. 24, 1. Es ist dieß eine Milderung ähnlicher Art, wie die, daß Ersparung einer Ausgabe nicht als Schenkung gelten soll ([9]). Vgl. § 365 [6].

[28] Die Quellen nennen partus ancillae und Sclavenerwerb, l. 28 § 5. l. 17 § 1 D. 24, 1. Auch der durch Ersitzung der geschenkten fremden Sache gemachte Eigenthumserwerb gehört hierher, vgl. l. 13 D. 39, 6.

[29] Nach einem Senatsbeschluß aus der Regierung der Kaiser Severus und Caracalla, 206 n. Chr. L. 32 pr. D. 24, 1, l. 23 eod., l. 3. 10 C. 5, 16.

[30] Welcher Widerruf aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. L. 32 § 2. 3. 4. 5. 15 D. 24, 1, l. 12. 15. 18 C. 5, 16.

[31] L. 32 § 1 vgl. § 7. 8 D. 24, 1. — Auf Grund dieser möglichen Convalescenz sind Andere (L. Seuffert Ratihabition der Rgeschäfte S. 123 fg., Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 145. 156 fg. 262 fg. [vgl. I § 82 [3], Keyßer S. 57 fg.]) der Ansicht, daß die Schenkung zwischen Ehegatten nicht sowohl ein nichtiges, als ein unvollendetes Rgeschäft sei, wie das Testament vor dem Tode des Erblassers. [Falcidische Quart.: Sf. LIII. 94.]

eingetreten[32], noch der Beschenkte vor dem Schenker gestorben sei[33]. Die Heilung der Ungültigkeit hat rückwirkende Kraft[34, 35].

---

[32] Es ist nicht anzunehmen, daß der Schenkungswille die Scheidung überdauere, wenn dieß nicht ausdrücklich erklärt worden ist. L. 32 § 10—13 vgl. § 19. 20 D. 24 1, l. 18 C. 5, 16.

[33] Es ist ebensowenig anzunehmen, daß der Schenkungswille sich auf die Erben des Beschenkten erstrecke. L. 32 § 10. 14 vgl. § 16—18 D. 24, 1, l. 6. 18 C. 5, 16. Gleichzeitiger Tod des Ehegatten: l. 32 § 14 D. 24, 1, l. 8 [9] D. 34, 5, l. 26 D. 39, 6 (vgl. § 369 ¹).

[34] Nach dem R. der Bestätigung (I § 83 ⁶). L. 25 C. 5, 16. S. auch l. 11 § 9 D. 24, 1.

[35] Es ist eine alte Streitfrage, ob durch den Tod des Schenkers auch bloße Schenkungsversprechen gültig werden. Für die bejahende Meinung, welche auch hier vertreten wird, haben sich von Neueren ausgesprochen: v. Löhr a. a. O. S. 233 fg., Puchta Rhein. Mus. VI S. 372 fg. (kl. civil. Schriften S. 332 fg.), Savigny S. 183 fg., Heimbach im RLex. IX S. 695 fg., Schütze Jahrb. des gem. R. III S. 442 fg., Sintenis Anm. ⁵¹, Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 281, Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 273, Buchka u. Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock II S. 238 fg. (Sf. XII. 41), Keyßer S. 68 fg.; Hofmann S. 291 fg.; für die Verneinung: Wächter ACPra. XVI S. 107 fg., Francke das. XVIII S. 7 ²⁰, Vangerow I § 225 Anm. 2, im Wesentlichen auch Gradenwitz S. 250 fg., Sf. XVIII. 260. Andere unterscheiden zwischen dem classischen und dem Justinianischen R.; nach jenem sei Convalescenz ausgeschlossen, nach diesem trete sie ein. So namentlich Glück XXVI S. 104 fg., und neuerdings F. P. Bremer ACPra. LI S. 175 fg. Für die bejahende Meinung darf man sich zwar billigerweise nicht, wie geschehen ist, auf l. 2 C. 5, 15 berufen, wo der Sinn des adscribere zweifelhaft bleibt; dagegen sprechen für dieselbe l. 32 § 1 D. 24, 1 („ad omnes donationes", „et obligatio sit civilis"), l. 32 § 23—26 eod. („universae donationes", Gesellschafts- oder Kaufvertrag, donationis causa), l. 33 pr. § 2 eod. (stipulatio annui), in einer Weise, welche nach meiner Ansicht bisher noch nicht widerlegt worden ist. (Man sagt: die obligatio civilis der l. 32 § 1 cit. sei eine cedirte Obligation; aber wie konnte Ulpian sich so allgemein ausdrücken, wenn er so Beschränktes meinte? Man sagt in Betreff der l. 33 cit: bei der stipulatio annui sei es insofern anders, als in der ein- oder mehrmaligen Zahlung des Jahrgeldes bereits eine Vollziehung der Schenkung liege; aber die Worte „id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest" weisen darauf hin, daß der Jurist annimmt, es sei während der Ehe noch gar nichts vom Jahrgeld gezahlt worden.) Für die verworfene Meinung enthält ein sehr schwaches Argument der von dem Senatsbeschluß gebrauchte Ausdruck eripere (l. 32 § 2 D. 24, 1); auch der Vellejanische Senatsbeschluß sprach nur von einzelnen Fällen. Dagegen hat sie eine schwer zu beseitigende Stütze in l. 32 D. 24, 1. „Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit". Der Widerspruch dieser Stelle ist um so auffallender, als sie den gleichen Verfasser hat, wie die übrigen genannten Stellen. Man hat verschiedene Versuche gemacht, sie zu beseitigen. Glück a. a. O. wollte sie aus dem R. der lex Cincia erklären, was gewiß unzulässig ist (s. Vat. fr. § 266). Bremer

5. Was den Beweis der Schenkung zwischen Ehegatten angeht, so gilt die Präsumtion, daß die Frau von dem Manne erhalten habe, wovon anderweitiger Erwerb nicht feststeht[36].

[Das BGB. gestattet Schenkungen unter Ehegatten. — Vgl. 1584.]

5. Ehescheidungsstrafen.*

§ 510.

Bei der Ehescheidung treffen den schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen gewisse Vermögensstrafen[1]. Die Frau verliert[2] an

---

a. a. O. hat die Stelle mit dem Satz, daß obligatio a heredis persona incipere non potest, in Verbindung gebracht, wobei nur unerklärt bleibt, warum es bei der stipulatio annui anders gehalten werde (was darüber Bremer S. 222 bemerkt, genügt in keiner Weise). Wie es sich aber auch mit dieser Stelle verhalten mag, und ihren Widerspruch gegen die übrigen Quellenentscheidungen zugegeben, so scheint es mir unzweifelhaft, daß nicht sie es ist, in welcher der eigentliche Gedanke der Compilation gefunden werden darf; der Zug des r. R. geht nicht auf Begünstigung, sondern auf Beschränkung des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten ([2. 8. 9. 26. 27]). Einen Streit über die hier besprochene Frage fand auch Justinian vor, und entschied ihn in Nov. 162 für die hier vertheidigte Meinung; aber diese Novelle ist nicht glossirt. [Costa Papiniano IV (Bologna 1899) p. 191 s. will nicht endgültig entscheiden, denkt aber vom Standpunkte Papinians und Ulpians aus an Sonderstellung der stipulatio annui (s. ob.) und macht auf die größere Gefährlichkeit des Versprechens im Vergleich zum Geben aufmerksam.]

[36] S. g. praesumtio Muciana. L. 51 D. 24, 1, l. 6 C. 5, 16. Vgl. Glück XXVI S. 210 fg. Sintenis Anm.[36. 37], Tenge ACPra. XLV S. 305 fg. [v. Buchka die s. g. praesumtio Muciana und der § 37 der KO. Mecklenb. ZS. f. RPfl. u. RW. XIV (1896) S. 72 fg.] Sf. II. 302, IX. 298, XI. 250. 316, XIX. 155, XXX. 290 [L. 178, LI. 33.]

* Glück XXVII S. 3—108 (1825). Strippelmann das Ehescheidungsr. S. 307—321 (1854). Ortloff in Ortloff, Heimbach und Vermehren juristische Abhandlungen II S. 1 fg. (1857). Sintenis III § 136, Roth II § 149, Stobbe IV § 149. — Geschichtliches: Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 165 fg. 205 fg, Hasse Güterr. der Ehegatten S. 180 fg., Zimmern Geschichte des r. Privatr. I. 2 § 168. 171, Bechmann r. Dotalr. I S. 87 fg. [Oertliches R.: Sf. L. 1, RG. V S. 193 fg., XIX S. 309, XXXVIII S. 196 fg., XLI S. 175 fg.]

[1] Dieselben beruhen auf l. 8. C. 5, 17, Nov. 22 c. 15. 16, Nov. 117 c. 8. 9; c. 4 X. 4, 20. Die römischen Gesetze setzen Privatscheidung voraus; daß heutzutage die Scheidung durch richterliches Urtheil erfolgt, thut der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen keinen Eintrag. S. auch c. 4 cit. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob die römischen Strafen heutzutage in allen Fällen Platz greifen, in welchen die Ehe wegen der Verschuldung eines Ehegatten geschieden wird; es findet sich die Behauptung, daß sie auf den Fall des Ehebruches, oder auf den Fall des Ehebruches und die demselben gleichgestellten Fälle, zu beschränken seien. Vgl. Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 316 fg., Ortloff S. 19. § 510.

den Mann die Dos[3], oder wenn keine Dos bestellt ist, den vierten Theil ihres Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes[4]. Der Mann verliert an die Frau die Eheschenkung, oder was die Frau sonst nach Vertrag oder gesetzlicher Regel des Particularrechts für den Fall der Auflösung der Ehe aus seinem Vermögen als Wittwenversorgung erhält[5]; in Ermangelung von Eheschenkung oder sonstiger Herausgabe ebenfalls den vierten Theil seines Vermögens, mit der zuvor bezeichneten Maßgabe[6]. Im Fall des Ehebruches der Frau,

---

29 fg., Sintenis Anm. [2] Nr. III, Holzschuher I § 64[24], Stobbe S. 299 unten, Sf. XVII. 253. S. noch Sf. VI. 212, VII. 326 (Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 312 fg.), XVIII. 259, XXII. 152, XXIV. 44, XXV. 134. 135, XXVII. 143, XXIX. 35, XXXIII. 311, XXXVIII. 136, RG. XI S. 201, Sf. XXXIX. 310. 311 (RG.), XLIII. 28 (RG.). — Umgekehrt könnte man der Meinung sein, daß gerade für den Ehebruch die römischen Strafen durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt seien, (s. oben § 326 [4], StGB. 172). Dieser Meinung steht aber entgegen: 1) daß das RStGB. den Ehebruch als Verbrechen gegen die Sittlichkeit straft, während die Strafen des r. R. den Ehebruch als widerrechtliche Aufhebung (Nöthigung zur Aufhebung) der Ehe ins Auge fassen, wie deutlich daraus hervorgeht, daß die römischen Strafen in ganz gleicher Weise den sich ohne Grund scheidenden Ehegatten trafen: 2) daß die römischen Strafen kaum reine Strafen sind, sondern zu gleicher Zeit Entschädigung für das dem unschuldigen Ehegatten Entzogene (beim Manne die Dos und die Unterstützung durch die Thätigkeit der Frau, bei der Frau die Lebensversorgung), für welche Auffassung spricht, daß die retentio propter liberos nichts war als Entschädigung und mit derselben die hier fraglichen Ehescheidungsstrafen in ununterbrochenem geschichtlichen und Gedankenzusammenhang stehen. Vgl. auch Mandry § 22 [20], Binding Handb. des Strafr. I § 70 [17]. — Sf. XLV. 105: bei beiderseitiger Verschuldung kann die Strafe nicht gefordert werden, wenn auch in dem Scheidungsurtheil ausgesprochen ist, daß den andern Theil die überwiegende Verschuldung treffe. [[Alimentationsverbindlichkeit des schuldigen Ehemannes? RG. XXVI S. 193]] [verneinend, wie frühere Entscheidungen (VIII S. 184 fg. XII S. 192 fg.). Dagegen Dernburg III § 26 [6], Blecken Das Alimentationsr. der an der Ehescheidung unschuldigen Frau. Erl. Diss. 1895. Sf. LI. 31.]

[2] Man hat mit Unrecht behauptet, daß dieß für den Fall des Ehebruches durch Nov. 134 c. 10 aufgehoben worden sei. Glück S. 14 fg.

[3] Vorausgesetzt, daß dieselbe nicht nach vertragsmäßiger Bestimmung an den Geber zurückfällt. L. 24 C. 5, 12. In Betreff der dos profecticia s. Glück S. 42 fg. — Daß die Dos bloß versprochen ist, schließt den Verlust derselben nicht aus. Ortloff S. 70 fg., Sf. I. 74.

[4] L. 11 § 1 C. 5, 17. Manifestationseid: Sf. XXXIX. 312 (RG.). Herausgabe in natura oder in Geld? RG. XV S. 204 [[Werth des Pfundes Gold: RG. XXVI S. 171 fg.]] [100 Pfund = 67,200 Mark.] Sf. XLV. 191 [Einfluß particularen R.]

[5] Ortloff S. 18. 37 fg. Vgl. Sf. III. 332. XI. 246 [RG. XXVI S. 171 fg.]

oder wenn der Mann eine Beischläferin in der gemeinschaftlichen Wohnung oder am gemeinschaftlichen Wohnort trotz vorheriger Verwarnung gehalten oder wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat, wird die Strafe um ein Drittel erhöht[7]. Was in dieser Weise an den unschuldigen Theil fällt, erwirbt derselbe, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht[8]. — Die Einforderung dieser Strafen wird gewöhnlich mit dem Antrag auf Scheidung verbunden; sie kann aber auch nach der Scheidung geschehen[9]. Auf die Erben des Berechtigten gehen die Strafen nicht über, die Erben des Verpflichteten haften nur bis zum Belange der Erbschaft[10].

---

[6] L. 11 § 1 cit. Budde und Schmidt Entsch. des OAG. zu Rostock VI. 70. Sf. XXV. 134. RG. XII S. 192.

[7] Nov. 117 c. 8 § 2. c. 9 § 4. 5. Die heutige Geltung dieser Steigerung ist nicht unbestritten. Ortloff S. 36[1], Roth § 149[7]. Gegen die Geltung: Sf. XVIII. 259; für dieselbe XXIV. 44, RG. XI S. 201. Gegen die Geltung nach dem RStGB. in der 1. Aufl. Mandry S. 183, anders in der 2. und fg. (§ 22[20]). Es scheint mir bedenklich, diese Bestimmung aus dem Zusammenhang der übrigen Bestimmungen herauszureißen. S. auch die vorhin citirte Reichsgerichtsentscheidnng. Ebenso RG. XXIII S. 182. In der Entscheidung Bd. X S. 204 wird aber eine Ausnahme in Betreff der Bestimmung über die Erhöhung der Strafe für den Fall der fälschlichen Anklage wegen Ehebruchs gemacht, weil nach StGB. § 172 die strafrliche Verfolgung des Ehebruchs erst nach Scheidung der Ehe zulässig sei. — Nov. 117 c. 8 und Nov. 134 c. 10 enthalten noch weitere Bestimmungen über die Bestrafung des Ehebruchs: Klostereinsperrung für die Ehefrau, Todesstrafe für den Mann, welcher mit ihr die Ehe bricht (vgl. l. 29 [30] § 1 C. 9, 9, § 4 I. 4, 18), Verlust des ganzen Vermögens (zu Gunsten der Verwandten, des Klosters, des Fiscus) für Beide. Es versteht sich von selbst, daß diese Strafen heutzutage unanwendbar sind.

[8] L. 8 § 7. l. 11 § 1 i. f. C. 5, 17, Nov. 98 c. 2, Nov. 117 c. 8. 9. Bezieht sich nicht auch auf diesen Fall die Vorschrift der Nov. 127 c. 3 (§ 506[16], (§ 508[5])? Diese Frage wird bejahend beantwortet von Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. III S. 104 fg. Vgl. Sf. XIV. 277.

[9] Strippelmann S. 322, Ortloff S. 74; Sf. XVIII. 259. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Frist. RG. XIV S. 181. A. M. Ortloff a. a. O.

[10] Die Ansichten über diese Frage sind verschieden. S. Glück S. 71 fg. Ortloff S. 76 fg., Sintenis Anm. [8] Nr. IX, Sf. X. 57. Ich betrachte als feststehend: 1) den Nichtübergang auf die Erben in dem Fall, wo die Ehescheidung noch nicht erfolgt ist. Die Strafen setzen Ehescheidung voraus, und gegen einen Gestorbenen kann eine Ehescheidung nicht ausgesprochen werden. 2) Umgekehrt darf nicht bezweifelt werden, daß die Strafen auf die Erben übergehen, wenn auf sie bereits rkräftig erkannt, oder nur der Proceß auf sie erhoben ist. S. I § 124, 3. § 129, 1. 3) Die Frage concentrirt sich also auf den Fall, wo in dem die Ehescheidung aussprechenden Urtheil auf die betreffende Strafe nicht erkannt, und auch dieselbe vor dem Tode des Berechtigten oder

Jedoch brauchen die Erben des Berechtigten nicht herauszugeben, was sie bereits in Händen haben[11]. — Durch Vertrag können diese Strafen weder gemindert, noch erhöht werden[12].

[Das BGB. kennt die römischen Strafen nicht. Unterhaltspflicht s. 1578 fg. 1608; 1585. — Vgl. auch 1584. 2077. 2268. 2279. — 1478. 1549. anders 1546. — 1635. 1636.]

6. Nachtheile der Wiederverheirathung.*

§ 511.

Wiederverheirathung nach aufgelöster Ehe hat für den sich wieder Verheirathenden Nachtheile dann zur Folge, wenn er aus der früheren Ehe Kinder hat[1].

1. Er verliert an diese Kinder das Eigenthum an Allem, was er aus dem Vermögen des früheren Ehegatten in seiner Eigenschaft als Ehegatte erworben hat (Ehegewinn)[2], und behält daran nur den

---

Verpflichteten noch nicht eingeklagt worden ist. Hier ist a) der Uebergang auf die Erben des Berechtigten ausgeschlossen, weil, soweit das ihm Gebührende reine Strafe ist, diese Strafe die Bedeutung einer Genugthuung für eine ihm angethane persönliche Kränkung hat (§ 359, 1), soweit Entschädigung, der Schaden mit seiner Person wegfällt. b) Was die Erben des Verpflichteten betrifft, so haften dieselben auf den Bestand der Erbschaft wegen des in diesen Strafen liegenden Entschädigungselements, s. II § 359, 1.

11 C. 4 X. 4, 20. Ortloff S. 76. 77.

12 L. 5 pr. D. 23, 4. l. 19 D. 45, 1. Sf. XLV. 192 [Vereinbarung zulässig nach Eintritt des Scheidungsgrundes].

* Cod. 5, 9 de secundis nuptiis. Nov. 22 c. 20—48. — Glück XXIV S. 98 fg. (1823). Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. V S. 363 fg. (1832). v. Löhr ACPra. XVI S. 31 fg. (1833, aber vor dem Aufsatz von Marezoll geschrieben). Geiger ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 198 fg. (1844). Zimmern Gesch. des r. Privatr. I. 2 § 177. 178. Sintenis III S. 80—84, Vangerow I § 227 Anm. 1, Brinz 2. Aufl. III S. 683 fg., Roth § 150, Stobbe IV § 248. [Pion de la protection des enfants du premier lit. Th. de Paris 1894. Jolly des seconds mariages. Th. de Paris 1896 p. 121 s.]

§ 511. 1 Diese Nachtheile sind von den christlichen römischen Kaisern im Interesse der Kinder der früheren Ehe eingeführt worden. Daher ist der gewöhnlich für sie gebrauchte Ausdruck: poenae secundarum nuptiarum, obgleich er Anhalt in den Quellen hat (Nov. 2 c. 2 § 1. c. 3, Nov. 22 c. 23. 41), wenig passend. — Man pflegt unter den Nachtheilen der zweiten Ehe auch aufzuführen, daß der sich wieder Verheirathende das ihm unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung letztwillig Hinterlassene verliert, obgleich es doch auf der Hand liegt, daß hier der Grund des Verlustes nicht in der zweiten Ehe, sondern in der Beschränkung der Zuwendung liegt. Nähere Bestimmungen über diesen Fall gibt Nov. 22 c. 44 vgl. c. 43 eod., l. 2. 3 C. 6, 4. Glück S. 169 fg.

2 Lucrum nuptiale. Ueber den Begriff s. Nov. 22 c. 23. 30. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. III S. 93 fg. Sf. XI. 249. Anwendung auf deutsch-

Nießbrauch[3]. Keinen Theil bekommen diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes gegen ihn schuldig gemacht haben[4]. Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern[5]. Veräußerungen des Ehegewinnes sind nicht bloß nichtig, wenn sie nach Eingehung der zweiten Ehe vorgenommen werden, sondern es werden auch früher vorgenommene durch das Eingehen einer zweiten Ehe nichtig. Soweit der Vater durch den früheren Tod der Kinder etwas von dem verlorenen Eigenthum zurückerwirbt, wird die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt[6]. — Ihrerseits erhalten die Kinder der zweiten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe ausschließlich[7]. — Der Ehegewinn fällt übrigens, soweit er beim Tode des Erwerbers noch vorhanden ist, auch ohne zweite Ehe an die Kinder der Ehe, und zwar ohne Rücksicht, darauf, ob sie Erben ihrer Eltern geworden sind[8].

2. In gleicher Weise verliert der sich wieder Verheirathende an die Kinder der früheren Ehe das Eigenthum an demjenigen, was er von dem Vermögen des früheren Ehegatten dadurch erworben hat, daß er gesetzlicher Erbe eines Kindes der früheren Ehe zugleich mit

---

rliche Verhältnisse: Glück S. 160, Marezoll a. a. O. S. 95, Geiger S. 231 fg., Sf. XXI. 60.

[3] Nov. 22 c. 23—26; vgl. l. 3 pr. l. 5 pr. § 1 C. 5, 9, Nov. 2 c. 1. 2. Diese Bestimmung hat übrigens durch die spätere Gesetzgebung (Nov. 98 c. 1. Nov. 127 c. 3), nach welcher das Eigenthum von Dos und Eheschenkung auch ohne zweite Ehe, bloß mit Ausnahme eines Kopftheils, an die Kinder fällt (§ 506 [16], § 508 [5]), sehr an Wichtigkeit verloren. — Besteht der Ehegewinn nur in einem Nießbrauch, so verliert der sich wieder Verheirathende gar nichts. Nov. 22 c. 30 (anders im früheren R., l. un. C. 5, 10). — Besonders für die Mutter, wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht: l. 6 § 1 C. 5, 9. Nov. 2 c. 4, Nov. 22 c. 45. Sintenis Anm. [2 a. E.]. Sf. XXXV. 136. — Gültigkeit vertragsmäßigen Erlasses: Sf. IX. 300, XXXII. 148.

[4] Nov. 22 c. 26 § 1.

[5] Ohne Rücksicht darauf, ob sie deren Erben geworden sind. L. 7. l. 8 pr. C. 5, 9, Nov. 22 c. 25. 26 § 1. A. M. Löhr S. 37, Vangerow Nr. I. a. Sintenis Anm. [4], welche Nov. 22 c. 21 § 1 ([8]) hierher beziehen. — Stirbt ein Kind nach dem Anfall, so geht das ihm Anerfallene auf seine Erben, wenn dieselben nicht Descendenten sind, nicht unbedingt über, sondern der Vater bez. die Mutter erhalten davon den sovielsten Theil, als ihnen im Ehevertrag für den Fall der Auflösung der Ehe ohne Kinder zugesichert ist. Nov. 2 c. 2, Nov. 22 c. 26 pr. Löhr S. 39; anders Vangerow Nr. I. a. 4.

[6] Nov. 2 c. 2. Nov. 22 c. 26.

[7] L. 4 C. 5, 9, Nov. 22 c. 29. Vgl. übrigens Note [3].

[8] L. 5 § 2. l. 6 § 3. l. 8 § 1 C. 5, 9. Nov. 22 c. 20. 21. Aber die Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind, Nov. 22 c. 21 § 1.

dessen Geschwistern geworden ist; erfolgt der Erbfall zur Zeit, wo er bereits wieder verheirathet ist, so erhält er von Anfang an nur den Nießbrauch[9].

3. Der sich wieder Verheirathende kann dem neuen Ehegatten aus seinem Vermögen nicht Mehr zuwenden, als ein Kind der früheren Ehe erhält, und wenn die Kinder der früheren Ehe nicht gleiche Theile erhalten, als das wenigstbekommende Kind der früheren Ehe erhält[10]. Das Zuviel wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt[10]. Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben, kommen auch hierbei nicht in Betracht[10]. Durch Minderung einer zu hohen dem neuen Ehegatten bestellten Dos oder Eheschenkung kann das Recht der Kinder der früheren Ehe nicht verkürzt werden[11].

4. Der sich wieder Verheirathende verliert die ihm sonst seinen Kindern, Geschwistern, und Geschwisterdescedenten gegenüber für einen gewissen Fall zustehende Befreiung von der Verpflichtung zur Vermächtnißcaution[12].

5. Die sich wieder verheirathende Mutter erleidet eine Beschränkung in dem Rechte, eine einem Kinde gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen[13]. Sie verliert ferner Erziehungsrecht[14] und Vormundschaft über die Kinder, und wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ohne denselben einen neuen Vormund erbeten und diesem Rechnung gelegt und das Vermögen der Kinder

---

[9] L. 5 C. 6, 56, Nov. 2 c. 3, Nov. 22 c. 46. 47. Diese Gesetze reden nur von der Mutter, aber bloß deßwegen, weil zur Zeit ihres Erlasses der Vater kein Intestaterbr. neben den Geschwistern hatte. Der eigentliche Gedanke geht sehr bestimmt aus l. 10 C. Th. 8, 18 hervor. A. M. Marezoll V S. 397 fg. und nach ihm Vangerow Nr. II (2) a, ferner Schirmer Erbr. § 16[53. 54], Dernburg III § 27[5]. Für die Ausdehnung auf den Vater: Sf. XVII. 254; dawider XI. 248, XXIII. 147, XXX. 252, XXXV. 40, (RG. IV S. 129), Sf. XXXIX. 221. — Vgl. noch Sf. I. 239. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 174 fg. — Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 415 fg.

[10] Nov. 22 c. 27. 28, vgl. l. 6 pr. l. 9 pr. l. 10 C. 5, 9. Glück S. 147 fg., Vangerow Nr. I. b, Köppen Erbr. S. 317. 318. [Lehrb. d. Erbr. S. 71 fg.] Sf. II. 63, VII. 61. 62. 204, IX. 43. 173, XIII. 96, XVI. 102 2. Hälfte, XVII. 63.

[11] L. 19 i. f. C. 5, 3. Nov. 22 c. 31. S. übrigens auch Bechmann Dotalr. II S. 439—440.

[12] L. 6 § 1 C. 6, 49, Nov. 22 c. 41. Das Nähere § 648[13].

[13] S. § 367[21].

[14] S. § 514[7].

herausgegeben zu haben, unterliegt sie den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung[15]. —

Diese Nachtheile können nicht durch Verfügung des vorversterbenden Ehegatten erlassen werden[16].

[Alles dieß ist dem BGB. nicht bekannt. — Vgl. jedoch zu [14. 15] BGB. 1697. 1669. 1686. 1845. 1314. — Ferner 1493. — 1581. —]

7. Nachtheile vorzeitiger Wiederverheirathung*.

§ 512.

Das römische Recht verhängt über die Frau, welche sich vor Ablauf der Trauerzeit wieder verheirathet folgende Nachtheile[1]: a) die Infamie; b) die Frau verliert Alles, was sie von dem früheren Mann erhalten hat, an dessen Kinder, Enkel, Eltern, Großeltern, Geschwister, den Fiscus; c) sie kann durch letztwillige Hinterlassung nichts erwerben, durch gesetzliche Beerbung nichts von Verwandten über den dritten Grad hinaus; d) sie kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr, als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. Die heutige Geltung dieser Strafen ist aber sehr zweifelhaft und bestritten[2].

---

[15] S. § 434[5], § 437[12], § 535[9].

[16] Man hat das Gegentheil behauptet wegen Nov. 2 c. 2. S. dawider namentlich Majer (Mejer) ZS. f. CR. u. Pr. N. F. V S. 310 fg. Für die Zulässigkeit des Erlasses Sf. IX. 300, gegen dieselbe das. XXXII. 148. [RG. XXXVI S. 200 fg.] Für die Zulässigkeit Dernburg III § 27[9].

* Glück XXIV S. 189—202; Sintenis III S. 84, Vangerow I § 227[2], Brinz 1. Aufl. S. 1221 fg., 2. Aufl. III S. 681 fg.

[1] L. 11 § 1–3 D. 3, 2, l. 1. 2 C. 5, 9, l. 4 C. 6, 56, Nov. 22 c. 22. Dem Mann ist Eingehung einer Ehe innerhalb der Trauerzeit nicht verboten, l. 9 pr. D. 3, 2, Nov. 22 c. 22. Der Grund, weßwegen sie der Frau verboten ist, ist ein doppelter; einmal die Rücksicht auf den Anstand, sodann die Besorgniß vor Ungewißheit der Vaterschaft über ein von der Frau zu gebärendes Kind. Aus dem zweiten Grunde muß die Trauerzeit auch im Fall der Scheidung ausgehalten werden, und auch dann, wenn der verstorbene Mann aus einem besonderen Grunde nicht betrauert zu werden braucht, jedoch in diesem Falle nicht, wenn die Frau niedergekommen ist. L. 8 § 4. l. 9 C. 5, 17, l. 11 § 1—3 D. 3, 2. Vgl. Karlowa ZS. f. RGesch. IX S. 229 fg. — Die Trauerzeit betrug bis zur l. 2 C. 5, 9 (a. 381) 10 Monate, durch dieses Gesetz ist sie auf ein Jahr gesetzt worden; das Reichsgesetz v. 6./2 1875 § 35 hat die zehnmonatliche Frist wiederhergestellt. § 512.

[2] Es fragt sich: a) sind sie nicht durch das c. R. abgeschafft? Das c. R. (c. 4. 5 X. 4, 21) hebt zwar unmittelbar nur die Strafe der Infamie auf, aber erklärt dabei die Ehe innerhalb des Trauerjahres im Allgemeinen für erlaubt. b) Steht nicht jedenfalls ein gem. Gewohnheitsr. entgegen? Vgl. einerseits: Glück S. 197 fg., Guyet Abhandl. S. 185 fg., Geiger ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 228 fg., Arndts § 418[2], Freisen Arch. f. kath.

Justinian hat diese Strafen auf die Frau ausgedehnt, welche innerhalb der Trauerzeit ein uneheliches Kind gebiert[3]. Jedoch ist es auch für diesen Fall bestritten, ob diese Strafen heutzutage vollständig zur Anwendung gebracht werden dürfen[4].

[Das BGB. (1313) verbietet der Frau eine neue Ehe einzugehen vor Ablauf von 10 Monaten nach der Auflösung oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe, es sei denn, daß sie inzwischen geboren hat; Dispens kann bewilligt werden. Von den gemeinrlichen Nachtheilen der Uebertretung ist keine Rede mehr; es liegt ein einfaches aufschiebendes Ehehinderniß vor. — Vgl. auch 1600.]

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern.

I. Rechtliche Bedeutung.

A. Ueberhaupt.

§ 513.

Das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern steht, wie das eheliche, zunächst unter den Grundsätzen des Sittengesetzes, und die Rechtsregeln, welche sich auf dasselbe beziehen, haben auch hier im Ganzen und Großen keine andere Bedeutung, als die, daß durch sie das sittliche Wesen des Verhältnisses zum Ausdruck gebracht werden soll (I § 41). Im ursprünglichen römischen Recht zwar war die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind eine ganz andere; dem Vater wurde eine rein selbstnützige und in ihrem Umfang lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt über das Kind zugeschrieben[1]. Aber diese Auffassung ist bereits im Justinianischen Recht fast vollständig überwunden und hat nur einzelne Spuren

Kirchenr. LII S. 179 fg., Dernburg III § 27[10], Brinz 2. Aufl. III S. 683; andererseits: v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 520 fg., Sintenis Anm. [15], Vangerow Anm. 2 a. E.

[3] Nov. 39 c. 2. Vgl. übrigens Vangerow Anm. 2 Nr. 3. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 176.

[4] Es wird behauptet, daß sie auch für diesen Fall durch Gewohnheitsr. mit Ausnahme des Verlustes des Ehegewinns beseitigt worden seien. Vgl. Glück S. 201[92], Puchta § 429 a. E., Arndts § 418 a. E.

§ 513. [1] Der Vater durfte das Kind sogar tödten und als Vermögensobject veräußern. Vgl. Gai. I, 55: — „quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suis habent potestatem qualem nos habemus".

zurückgelassen, welche dann größtentheils auch in das heutige Recht übergegangen sind [2]. Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind ist auch vom römischen Recht nie anders aufgefaßt worden, als in der zuvor bezeichneten Weise.

[Die wesentlichste Abweichung des BGB. vom gemeinen Recht in Ansehung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern besteht darin, daß eine elterliche Gewalt anerkannt ist, welche auch der Mutter zustehen kann. Wann dieß der Fall ist, s. unt. zu § 525. Die elterliche Gewalt erstreckt sich aber im Gegensatz zum gemeinen Recht nur auf minderjährige Kinder (1626).

I. Die elterliche Gewalt des Vaters gibt ihm Recht und Pflicht, für die Person und für das Vermögen des Kindes zu sorgen (1627), sowie das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen (1649). Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt auch die (gesetzliche) Vertretung des Kindes (1630). Das BGB. hat damit in Ansehung der minderjährigen Kinder der Sache nach die väterliche Vormundschaft angenommen (und unter Umständen auch der Mutter verliehen), welche in der gemeinrechtlichen Darstellung Windscheids nicht hervortritt, aber zweifellos anzuerkennen war (vgl. Dernburg III § 34 [4], Rudorff Vormundschaft I S. 178 fg. RG. XIV S. 192 fg. 197 fg. Sf. XLVII. 39, auch RG. XVI S. 123 fg.).

Das Vertretungsrecht des Vaters unterliegt der allgemeinen Beschränkung des § 181: der Vater kann in Vertretung des Kindes mit sich selbst in eigenem Namen oder im Namen eines von ihm vertretenen Dritten ein Rechtsgeschäft nur vornehmen, wenn dasselbe ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Er kann selbstverständlich auch nicht als Vertreter des Kindes gegen sich selbst in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten processiren. (Dieß auszusprechen, wie ursprünglich beabsichtigt war [Denkschr. z. BGB. Anl. II CPO. § 53 a] hat die Novelle zur CPO. nicht für nöthig gehalten). Nach Maßgabe von § 1795. 1630 Abs. 2 S. 1 ist das Vertretungsrecht des Vaters aber noch in weiterem Umfange wegen Gefahr der Interessencollision von selbst ausgeschlossen und kann ihm für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten wegen der gleichen Gefahr vom Vormundschaftsgerichte entzogen werden (1796. 1630 Abs. 2 S. 2). Soweit der Vater das Kind nicht vertreten kann, kann er auch nicht zu Handlungen des Kindes die erforderliche Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ertheilen (107 fg.); das Kind bedarf für solche Angelegenheiten eines Pflegers (1909). S. Genaueres im Vormundschaftsr. (nach § 442). Vgl. auch 1641. Das Recht und die Pflicht des Vaters, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (nicht nur das Vertretungsrecht), erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Kindes, für die ein Pfleger bestellt ist (1628). Dieß

[2] Keine Geltung hat heutzutage die noch im Justianischen Re anerkannte Befugniß des Vaters, sein neugeborenes Kind aus Noth zu verkaufen, l. 2 C. 4, 43. — Ueber die väterliche Gewalt im Allgemeinen vgl. den Aufsatz von Heimbach im RLex. XII S. 1 fg.; über die Auffassung des älteren deutschen R. Kraut Vormundsch. II S. 586 fg., Stobbe IV § 250. S. auch Stölzel die väterliche Gewalt in Preußen. Berlin 1874.

geschieht aber für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Vater (rechtlich oder thatsächlich) verhindert ist; insbesondere zur Verwaltung von Gütern, die vom Erblasser oder Schenker des Kindes von der väterlichen Verwaltung ausgeschlossen sind (1909). Wenn mit Unrecht ein Pfleger bestellt ist, so ist der Vater gleichwohl einstweilen ausgeschlossen; er muß versuchen, die Anordnung der Pflegschaft, die seine Rechte beeinträchtigt, durch Beschwerde zu beseitigen. (Ges. üb. d. Angeleg. der freiwilligen Gerichtsbark. § 20).

II. Auf die elterliche Gewalt der Mutter finden die Sätze von der elterlichen Gewalt des Vaters Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften gegeben sind (1686. 1687—1697). Insbesondere kann der Mutter ein Beistand bestellt werden, und zwar sowohl auf ihren Antrag, wie ohne ihren Willen, wenn nämlich der Vater die Bestellung durch letztwillige Verfügung angeordnet hat, oder das Vormundschaftsgericht sie aus besonderen Gründen für nöthig erachtet (1687). Der Beistand unterstützt, überwacht und beschränkt die Mutter (vgl. 1688—1695).

Opet Verwandtschaftsrecht (Berlin 1899) § 9 fg. Knitschky das Rechtsverhältniß zwischen Eltern nnd Kindern nach dem BGB. Berlin 1899. Spahn Verwandtschaft und Vormundschaft 1. (Berlin 1900) § 8 fg.]

B. Insbesondere:

1. In Betreff der Personen*.

§ 514.

Nach der persönlichen Seite zeigt sich das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern in folgenden Punkten wirksam.

1. Auf der Verpflichtung der Eltern und Kinder zur Liebe gegen einander beruht, daß sie nicht verpflichtet sind, Zeugniß gegen einander abzulegen [1].

[Besteht fort.]

2. Die Verpflichtung der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät [2] gegen die Eltern hat rechtlichen Ausdruck in den Vorschriften gefunden: a) daß das Kind einen auf Arglist gestellten Anspruch gegen die Eltern nur bis zum Belange der Bereicherung geltend machen kann [3]; b) daß es von den Eltern nicht den Gefährdeeid verlangen

* Vgl. zum Folgenden auch Stobbe IV § 252. 253, Roth II 158—160. — [Chauvin des droits du père sur la personne de ses enfants légitimes. Th. de Paris 1893.]

§ 514. [1] CPO. § 348 Ziff. 3 [383 Ziff. 3] StPO. § 51 Ziff. 3. Vgl. l. 6 C. 4, 20. „Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt". Bayer Vorträge S. 795, Wetzel Civilproc. § 23 [12].

[2] L. 4 D. 27, 10, l. 1. 9. 10 D. 37, 15.

[3] L. 2 § 1. l. 5. l. 6. l. 7 pr. § 2 D. 37, 15. Ausnahme bei schweren Injurien: l. 7 § 3 D. 47, 10. Die Verhaftung auf die Bereicherung in allen Fällen ergibt sich aus l. 11 § 1. l. 12 D. 4, 3. Den Eltern dürfen nicht die

kann [3a]; c) daß Eltern gegen die Kinder die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht [4. 5].

[Nicht mehr in Geltung.]

3. Die Eltern haben über das Kind die Erziehungsgewalt und zum Zweck der Handhabung derselben ein Züchtigungsrecht [6]. Die Erziehungsgewalt steht aber der Mutter bei Lebzeiten des Vaters nicht in Widerspruch mit demselben zu, und nach dem Tode des Vaters nur so lange, als sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, und nur unter der Voraussetzung, daß der Vater über die Erziehung des Kindes nicht anderweitig verfügt hat [7]. Von der anderen Seite kann durch Richterspruch auch bei Lebzeiten des Vaters seine Erziehungsgewalt zu Gunsten der Mutter ausgeschlossen werden [8].

Schwiegereltern gleichgestellt werden: Sf. XXXII. 48. Das r. R. schloß auch die actiones famosae aus, l. 11 § 1 D. 4, 3 *cit.*, l. 2 pr. l. 5 § 1 D. 37, 15 (vgl. I § 56).

[3a] L. 7 § 3 D. 37, 15. Vgl. l. 34 § 4 D. 12, 2, und dazu Arndts § 437 [1].

[4] S. § 267 [4] und l. 7 § 1 D. 37, 15. Vgl. § 267 [14].

[5] Außer den hier genannten Sätzen gehört nach r. R. noch hierher das Verbot der in ius vocatio der Eltern (und weiteren Ascendenten) ohne Erlaubniß der Gerichtsobrigkeit, dessen Verletzung mit einer Privatstrafe von 50 aurei geahndet wurde, l. 4 § 1 sqq. l. 11. 12. 15. 24. 25 D. 2, 4. Dieses Verbot hatte seinen Grund in der Form der alten Privatladung, und es ist wohl nicht zu kühn, anzunehmen, daß es mit dieser bereits im Justinianischen R. seine Anwendbarkeit verloren habe. Vgl. l. 15 cit.: — „neque enim, qui libellum principi vel praesidi dat, in ius vocare . . . videtur", wo „vel praesidi" interpolirt ist. Freilich stimmt hierzu nicht die Aufnahme der betreffenden Stellen in die Compilation; s. auch § 12 I. 4, 6, § 3 I. 4, 16. Vgl. Glück II S. 351 und die das. Cit., Wetzell Civilproc. § 12 [39].

[6] Mehr als Erziehungsgewalt und Züchtigungsr. gibt auch die römische patria potestas im Resultate der Entwickelung dem Vater nicht mehr. L. 3 C. 8, 46 [47], l. un. C. 9, 15, l. 16 § 2 D. 48, 19. Der Vater kann aber zur Unterstützung seiner Autorität den Richter anrufen, damit derselbe mit Strafe gegen das Kind vorgehe, l. 3 cit., l. 9 § 3 D. 1, 16. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundschaft II S. 621—622, und über den Umfang der Erziehungsgewalt im Allgemeinen Burchardi ACPra. VIII S. 186 fg., Sf. I. 81, XII. 169.

[7] L. 1 C. 5, 49, Nov. 22 c. 38, l. 1 § 10 D. 25, 4, l. 1 § 1 D. 27, 2, l. 7 D. 33, 1. Die l. 1 § 1 und l. 7 citt. geben jedoch der Obrigkeit das R., von der Verfügung des Vaters abzuweichen, wenn das Kind bei dem vom Vater bezeichneten Erzieher schlecht aufgehoben ist. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 167 fg. [RG. XXXII S. 169 fg.] Auch im Fall zweiter Ehe kann der Richter der Mutter die Erziehung lassen. Sf. III. 274, XXXII. 249, XXXIV. 135. [Andererseits kann der Vormundschaftsrichter auch ohne väterliche letztwillige Anordnung unter Uebergehung der Mutter einen andern Erzieher bestimmen. RG. XXXII S. 169]. Uneheliche Kinder: Sf. XXIII. 36. [RG. XXXII S. 169 fg.]

Auch im Fall der Scheidung können die Kinder dem Vater ab- und der Mutter zugesprochen werden, wobei vorzugsweise zu Gunsten des unschuldigen Theiles zu entscheiden ist[9]. — Der Erziehungsgewalt der Eltern entspricht eine Erziehungspflicht, welche sich aber rechtlich wirksam nur in der Verpflichtung zur Gewährung der zur Erziehung erforderlichen Vermögensmittel erweist[10].

[1. Im BGB. ist die Erziehungsgewalt und die Pflicht der Erziehung ein Element des Rechtes und der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (1631), welche ihrerseits Bestandtheil der elterlichen Gewalt ist (1627). Die Sorge für die Person umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (1631 Abs. 1); deßgleichen die Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten (1630 Abs. 1). Dem Vater steht das Recht zu, angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden; auf seinen Antrag hat ihn das Vormundschaftsgericht durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen (1631 Abs. 2; vgl. [8] und unt. § 520 zu [1]). Beschränkungen des Rechtes und der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, und des Vertretungsrechts s. ob. zu § 513.

2. Unter normalen Verhältnissen bei Lebzeiten beider Eltern steht die Sorge für die Person des Kindes wie die ganze elterliche Gewalt, dem Vater zu; jedoch hat die Mutter neben ihm Recht und Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, zweifellos auch einschließlich des Zuchtrechts nach 1631 Abs. 2, jedoch mit Ausschluß des Vertretungsrechtes und mit der Maßgabe, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vorgeht. (1634). In Fällen thatsächlicher Verhinderung des Vaters hat die Mutter die elterliche Gewalt vollinhaltlich (mit Ausnahme der Nutzung am Vermögen des Kindes) auszuüben (1685 Abs. 1).

3. Ist der Vater todt oder für todt erklärt, so hat die Mutter die volle elterliche Gewalt, und zwar im Falle der Todeserklärung von dem Zeitpunkte an, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt (1684 Abs. 1 Ziff. 1. Abs. 2; vgl. 18).

4. Ist die Ehe wegen Verschuldens geschieden, so kommt es darauf an, ob ein Ehegatte für schuldig erklärt ist oder beide. Im ersteren Falle steht die Sorge für die Person des Kindes dem unschuldigen Gatten zu, im letzteren

---

[8] L. 1 § 3. l. 3 § 5 D. 43, 30. RG. XVII S. 130, XVIII S. 186. — Bedeutung eines zwischen den Ehegatten über die Erziehung abgeschlossenen Vertrags: RG. XVII S. 129, XXI S. 160.

[9] L. un. C. 5, 24. Nov. 117 c. 7. Burchardi a. a. O. S. 181—182, Sarwey AGPra. XXXI S. 440, XXXII S. 1 fg., Sintenis III § 140[34], Brinz 2. Aufl. III S. 610 fg. Sf. VI. 213, VIII. 269, XIV. 43, XX. 42, XXIV. 248, XXVI. 246, XXX. 39, XXXIII. 312. 313, XXXIX. 313. Provisorische Trennung der Ehe während des Scheidungsprocesses: Sf. XXXI. 245; factische Trennung: XXXI. 244, XXXIII. 42. 314. RG. XVIII S. 187. [Sf. XLVII. 117 L. 23 (RG.) LI. 111 (RG.) Vertrag der Eltern: RG. XXXVII S. 189 fg.]

[10] S. § 475 [12].

Falle steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder eine Tochter der Mutter zu, für einen Sohn über sechs Jahren dem Vater; das Vormundschaftsgericht kann aber abweichende Anordnungen treffen (1635 Abs. 1) das Recht der Vertretung des Kindes bleibt in jedem Falle dem Vater (1635 Abs. 2). Der von der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossene Gatte behält die Befugniß, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln (1636).

5. Für den Fall, daß die Ehe wegen Geisteskrankheit eines Gatten geschieden wird, bedurfte es keiner besonderen Bestimmungen. Ist der Vater der Geisteskranke, so kommen zur Anwendung 1676 Abs. 1. 1685.

Weiteres s. zu § 525.]

4. Kinder bis zum vollendeten 25. bez. 24. Lebensjahre sollen ohne Zustimmung der Eltern keine Ehe eingehen [10a]; jedoch ist der Mangel dieser Zustimmung kein Ungültigkeitsgrund [11]. Anders beim Verlöbniß; dasselbe ist ohne Zustimmung des Vaters nichtig [12].

[BGB. 1305—1308. Die Grenze ist für beide Geschlechter das vollendete einundzwanzigste Lebensjahr. Für das Verlöbniß gelten keine besondren Vorschriften; es kommen nur 107. 108. 109 zur Anwendung.]

2. In Betreff des Vermögens.

a. Ueberhaupt.

§ 515.

In vermögensrechtlicher Beziehung zeigt sich das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern als solches, d. h. abgesehen von der väterlichen Gewalt, wirksam in der gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Eltern und Kinder, ferner in der Verpflichtung der Eltern zur Erziehung und zur Ausstattung der Kinder. Von allen diesen Punkten ist bereits gehandelt worden (§ 475. 514. 493).

Weiter gehend ist die vermögensrechtliche Wirkung der väterlichen Gewalt [1]. Nach ursprünglichem römischen Recht konnte das

---

[10a] So das Reichsges. v. 6/2 1875 § 29—32 [aufgehoben durch EG. z. BGB. Art. 46, I wegen BGB. 1305 fg.]

[11] Conc. Trid. Sess. XXIV c. 1 de reform. matr. Richter Kirchenr. 8. Aufl. § 272, Walter Kirchenr. § 291, Friedberg Kirchenr. § 141. Das Reichsgesetz v. 6/2 1875 verweist (§ 36) in Betreff der Folgen der gegen seine Vorschriften abgeschlossenen Ehen auf die Bestimmungen des Landesr. — R. R. pr. I. 1, 10, l. 2 D. 23, 2, l. 5 C. 5, 4; l. 1. 20 C. eod.

[12] L. 7 § 1 D. 23, 1. Vgl. Glück XXIII S. 16 fg., XXXIV. 134. Richter Kirchenr. § 289 Nr. III. Sf. XXXII. 145.

[1] Von der väterlichen Gewalt wird hier repräsentativ gesprochen. Das Gleiche, wie für den Vater, gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht. § 515.

Kind in väterlicher Gewalt nichts Eigenes haben; vielmehr erwarb es Alles, was es erwarb, dem Vater[a]. Dieser Grundsatz ist im Justinianischen Recht durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß die Ausnahme zur Regel geworden ist. Der daraus hervorgegangene Rechtszustand ist im Folgenden (§ 516 fg.) dargestellt. —

Auf dem zuvor bezeichneten Grundsatz des ursprünglichen römischen Rechts beruhen in letzter Linie auch zwei andere Rechte des Vaters, welche sich aber später von diesem Grundsatz abgelöst haben, und deren nähere Darstellung anderen Zusammenhängen angehört; das Recht des Vaters, dem Kinde letztwillig einen Vormund, und unter gewissen Voraussetzungen einen Erben zu ernennen (s. § 433. § 558. 559).

b. Recht des Vaters an dem Erwerbe des Kindes *.

§ 516.

Der Rechtszustand, welcher in dieser Beziehung im Justianischen Rechte gilt (§ 515), ist folgender.

1. [1] An gewissen Erwerben hat der Vater gar kein Recht, sie fallen an das Kind, als wenn es der väterlichen Gewalt nicht unterworfen wäre[1a]. Diese Erwerbe sind der Erwerb auf Grund des

---

[a] Gai. II, 86—89, Ulp. XIX. 18. 19. Das Kind war nothwendiges Erwerbsorgan des Vaters, — „patris . . voce loqui videtur“, § 13 I. 3, 19, s. auch § 4 I. eod., l. 42 D. 39, 2.

* Witting die vermögensrechtliche Stellung des Hauskindes nach gemeinem R. APraktRW. N. F. XI S. 16 fg. 127 fg. (1877).

§ 516. [1] Dig. 49, 17 de castrensi peculio. Cod. 12, 36 [37] de castrensi peculio militum et praefectianorum. Fitting das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871. Darüber Windscheid kr. VJS. XIII S. 253 fg, Bruns ZS. f. RGesch. X S. 179 fg. [Blondeau du pécule castrense. Th. de Grenoble 1892.]

[1a] Die römische Bezeichnung für diese Erwerbe sind: peculium castrense und quasi castrense (²). Durch die Bezeichnung peculium werden sie aber als Vermögen des Vaters, nicht des Sohnes, charakterisirt (a. M. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 63 fg., aber aus nicht stichhaltigen Gründen), und in der That waren sie dieß ursprünglich. Das Besondere des peculium castrense (dem das peculium quasi castrense nachgebildet worden ist) bestand ursprünglich nur darin, daß der Sohn auf Grund kaiserlicher Privilegien das R. hatte, über dasselbe testamentarisch zu verfügen. Die weitere Entwickelung war dann die, daß dem Sohn die Befugniß auch zu jeder anderen Verfügung zugestanden, und entsprechend dem Vater die Verfügungsbefugniß abgesprochen, in Folge davon aber der Sohn geradezu als paterfamilias anerkannt wurde. Pr. I. 2, 12; l. 2 C. 12, 36 [37], l. 7. § 6 D. 39, 5, l. 15 D. 39, 6, l. 6

Kriegsdienstes[2]; der Erwerb auf Grund eines öffentlichen Amtes[3], ohne Unterschied zwischen Staats- und Hofamt[4]; der Erwerb auf

i. f. D. 49, 17, l. 4 § 1 D. 49, 17; l. 12. l. 18 § 2. 3 D. 49, 17, l, 4 pr. D. 49, 17, l. 1 § 15 D. 37, 6; l. 3 C. 12, 36 [37], l. 3 § 10 D. 4, 4, l. 2 D. 14, 6, l. 18 pr. D. 35, 2; l. 15 § 1—4. l. 19 § 1 D. 49, 17, l. 4 D. 5, 1, l. 2 pr. D. 18, 1. Fitting S. 149 fg. Doch blieb dem Vater ein Heimfallsr. (das R., das peculium als eigenes Vermögen einzuziehen) für den Fall, daß der Sohn von seiner Verfügungsgewalt keinen Gebrauch gemacht hatte, und durch einen solchen Heimfall wurden auch die von dem Vater im Voraus für den Fall des Heimfalls getroffenen Verfügungen gültig. L. 2. 9. 14. l. 17 pr. l. 18 § 1. l. 19 § 3 D. 49, 17, l. 5 C. 12, 36 [37], l. 18 pr. D. 35, 2, l. l. 1 § 22 D. 37, 6. Fitting S. 256 fg. Aber auch dieses Heimfallsr. ist dem Vater später, zuerst unter dem Einfluß des R. des adventicischen Erwerbes zu Gunsten der Kinder und Geschwister (pr. I. 2, 12, l. 33 [34] C. 1, 3), dann durch Nov. 118 vollständig entzogen worden. Seit dieser Zeit ist das peculium castrense und das peculium quasi castrense wirkliches Vermögen des Kindes, und demnach auch die Bezeichnung peculium für dieselben nicht mehr passend. Vgl. auch Note [10]. — Neuere fassen das peculium castrense und quasi castrense unter dem Ausdruck, peculium militare zusammen — eine Bezeichnung, welche in l. 37 pr. [§ 1] C. 3, 28 (vgl. auch l. 7 § 6 D. 39, 5) einen Anhalt hat.

[2] Peculium castrense. Peculium castrense ist nach dem Wortlaut der kaiserlichen Constitutionen, auf welchen das R. dieses Peculiums beruht, das „in castris" Erworbene (Ulp. XX, 10, pr. I. 2, 12). Hierunter ist nach der Interpretation der römischen Juristen zu verstehen Alles, „quod . . . filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset" (l. 11 D. 49, 17), „quae in castris per occasionem militiae quaeruntur, in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem" (l. 1 C. 12, 36 [37]). S. noch l. 5. 6. 8. l. 16 § 1. l. 19 pr. D. 49, 17. l. 4 C. 12, 36 [37]; l. 3 D. 49, 17. Im weiteren Sinne ist „in castris" erworben auch das einem künftigen Soldaten zu seiner militärischen Ausstattung Geschenkte (nicht also geschenkte Grundstücke). Paul sent. III, 4 A § 3, l. 1 C. 12, 36; l. 6 D. 49, 17, l. 4 C. 3, 36. S. ferner noch l. 4 § 2 D. 49, 17; l. 15 § 3. l. 19 § 1 D. 49, 17, l. 1 i. f. C. 12, 36 [37]. Nach positiver Bestimmung wird pec. castrense auch die Erbschaft von der Ehefrau aus einem Testamente, welches zu Gunsten des Haussohnes während seiner Dienstzeit errichtet worden ist, l. 13. l. 16 pr. D. 49, 17. Vgl. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 106—116, Fitting S. 24—92. Ueber den Begriff des Soldaten vgl. Fitting S. 619 fg. — Dem peculium castrense gegenüber bilden die im Folgenden (unter dieser Nummer) bezeichneten Erwerbe das peculium quasi castrense. Von dem letzteren handeln Marezoll a. a. O. S. 117—136, Fitting S. 398—475. — Das pec. castrense ist so alt, wie die Kaiserzeit, pr. I. 2, 12. Die für das pec. quasi castrense im Folgenden citirten Stellen sind von Constantin und den folgenden Kaisern. Andererseits wird das pec. quasi castrense auch in den Digesten erwähnt: l. 32 § 17 D. 24, l. l. 1 § 6 D. 36, 1, l. 3 § 5 D. 37, 1, l. 1 § 15 D. 37, 6, l. 7 § 6 D. 39, 5, vgl. auch l. 52 § 8 D. 17, 2. Sind alle diese Stellen interpolirt? Dawider Zimmern Gesch. des r. Privatr. I, 2 § 188 [1].

Grund der Advocatur[5]; der Erwerb aus Geschenken des Landesherrn und seiner Gemahlin[6]; der Erwerb eines Geistlichen[7, 8]. — Bedarf das Kind eines Vormundes, so gebührt die Vormundschaft in Betreff dieser Erwerbe zunächst dem Vater; schlägt dieser aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[9].

2. Andere Erwerbe[10] fallen an das Kind nur der Substanz nach, dagegen an den Vater zum Genuß[11]. Dieß ist der Fall bei

---

Marezoll a. a. O. S. 78 fg., Fitting S. 393 fg. Ueber l. 52 [50] D. 36, 1. f. Note [8].

[3] L. 2 C. 12, 28 [29], l. un. C. 12, 30 [31], l. 7 C. 1, 51, l. 6 C. 12, 36 [37], l. 5 C. 12, 16, l. 37 C. 3, 28. Fitting S. 416 fg. Auch der Erwerb bloß „per occasionem" des Amtes? Dafür v. Löhr ACPra. X S. 177. 178, Fitting S. 447 fg.; dawider Marezoll a. a. O. S. 130—134, Sintenis a. a. O. Anm. [65], Vangerow I § 235 Anm.

[4] Fitting S. 632.

[5] L. 4 vgl. l. 14 C. 2, 7. Hier ist ausdrücklich bestimmt, daß pec. quasi castrense werden solle, was die betreffenden Personen „ex huiusmodi professione vel ipsius occasione" erworben haben. Vgl. l. 8 C. eod. Fitting S. 431 fg.

[6] L. 7 C. 6, 61. Fitting S. 445 fg. Vgl. Note [8 a. E.].

[7] Aller und jeder Erwerb des Geistlichen, nicht bloß der Erwerb aus dem geistlichen Amte oder aus Veranlassung desselben. Geistliche im Sinne dieser Vorschrift sind auch diejenigen, welche nur die niederen Weihen empfangen haben. L. 33 [34] C. 1, 3, Nov. 123 c. 10. Fitting S. 437 fg. 455 fg. Vgl. Note [8 a. E.].

[8] Ein pec. quasi castrense nehmen Manche (Marezoll a. a. O. S. 81 fg., v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. XIV S. 310 fg., Sintenis Anm. [64], Vangerow I § 235 Anm.) auch im Falle der l. 52 [50] D. 36, 1 an. Dawider mit Recht Arndts § 434 Anm., Schirmer röm. Erbr. I S. 173[134], Fitting S. 404 fg. — Dieser letztere Schriftsteller nimmt (S. 641. 611 fg. 616 fg.) ein modernes Gewohnheitsr. an, kraft dessen in das pec. quasi castrense auch der Erwerb der Notare und Aerzte, so wie jeder Erwerb aus wissenschaftlicher und künstlerischer Thätigkeit falle, dagegen nicht das vom Landesherrn ꝛc. Geschenkte (dasselbe werde pec. adventicium extraordinarium), und von dem Erwerb der Geistlichen nur der Erwerb auf Grund des geistlichen Amtes. Doch ist dieses behauptete Gewohnheitsr. nicht genügend nachgewiesen. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 260. Bruns a. a. O. S. 186 fg. möchte noch weiter gehen, und in das peculium quasi castrense jeden Erwerb des Haussohns aus eigener Thätigkeit einreihen. RG. XVI S. 124.

[9] L. 7 C. 5, 70. Vgl. § 432 [5].

[10] Cod. 6, 60 de bonis maternis et materni generis. 6, 61 de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur et eorum administratione. — Die Neueren bezeichnen diese Erwerbe als peculium adventicium. Der Ausdruck adventicium geht darauf, daß es sich um einen Erwerb handelt, welcher nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anderswoher kommt ([12]), und hat in dieser Bedeutung, wenn er auch in der Verbindung mit peculium nicht quellenmäßig ist, doch gute Analogieen für

jedem Erwerbe, welcher einerseits nicht von der unter Ziff. 1 bezeichneten Art ist, andererseits nicht aus dem Vermögen des Vaters selbst gemacht wird (Ziff. 3)[12]. Außerordentlicherweise fällt auch

sich (dos adventicia, s. ferner l. 28 D. 42, 5, l. 36 pr. [§ 1] C. 3, 28, und vgl. auch l. 4 § 1 D. 40, 1). Dagegen ist der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe nicht zu billigen, da es sich um ein Vermögen handelt, welches jedenfalls im Resultat der Entwickelung (vgl. § 517 [1]) nicht Vermögen des Vaters, sondern Vermögen des Sohnes ist (vgl. [1]). Wenn es in l. 3 C. 6, 61 heißt: „ad liberos eorum eaedem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur", so ist das nichts als eine historische Reminiscenz (vgl. l. 1 § 1. l. 2 C. Th. 8, 18, und damit l. 1 C. 6, 60). Abgesehen von der l. 3 C. cit. wird in der Justinianischen Compilation der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe überall mit Absichtlichkeit vermieden. Wenn man sich für das Gegentheil auf l. 37 pr. C. 3, 28 und pr. I. 2, 12 beruft, so ist weder nothwendig, in der ersten Stelle den Ausdruck peculium paganum auf den adventicischen Erwerb mit zu beziehen, noch in der zweiten die Worte „exceptis videlicet iis" auf „peculia" zurückzubeziehen und das „iis" anders als substantivisch zu verstehen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten einerseits Hugo im civil. Magazin V Nr. 19 und VI Nr. 4, andererseits Unterholzner Tüb. kr. ZS. V S. 205—209, Marezoll a. a. O. S. 63 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXV S. 190 [28], und aus der neueren Zeit die schwer verständliche Ausführung von Dietzel Jahrb. des gem. R. III S. 60—68, zuletzt Brinz 1. Aufl. S. 1190 fg. 2. Aufl. III S. 643 fg., Mandry das gem. Familiengüterr. II S. 3—5, Witting a. a. O. S. 45. [Perret des biens adventices. Th. de Grenoble 1892].

[11] Gewöhnlich sagt man: an das Kind zum Eigenthum, an den Vater zum Nießbrauch, und diese Ausdrucksweise ist auch die der Quellen. Die hier gewählte empfiehlt sich aber mehr, aus dem doppelten Grunde: a) weil von Eigenthum doch nur bei körperlichen Sachen, nicht bei anderen Vermögensstücken die Rede sein kann: b) weil das Genußr. des Vaters nicht ohne Weiteres unter die für den Nießbrauch geltenden Regeln gestellt werden darf. S. § 517, 4 und vgl. auch Sf. XX. 222.

[12] In dieser Allgemeinheit hat zuletzt Justinian die Regel gestellt in l. 6 C. 6, 61. „Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat . . . Exceptis castrensibus peculiis . . in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus, eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt". S. auch § 1 I. 2, 9. Vorher waren nur einzelne Erwerbe dem hier bezeichneten Re unterworfen: die bona materna und materni generis und das lucrum nuptiale, l. 1—4 C. 6, 60, l. 1—5 C. 6, 61. — Zum adventicischen Erwerb gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's auch was das Kind durch seine Arbeit erwirbt. Sf. X. 60, XII.

das Genußrecht des Vaters weg. Hiervon, sowie näher von dem in dem einen und dem anderen Fall stattfindenden Rechtsverhältniß, im folgenden § [13].

3. Erwerbe aus dem Vermögen des Vaters fallen auch nach neuestem Recht ganz an den Vater, nicht an das Kind [14]. Daher sind namentlich Zuwendungen, welche der Vater dem Kinde aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand [15]. Ausgenommen ist nach heutigem Recht, was der Vater dem Kinde zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft und was er ihm zum Zweck der Abschichtung gibt; nicht aber die gewöhnliche Schenkung [16]. Doch wird die Schenkung dadurch, daß der Vater sie bei der Emancipation nicht zurücknimmt, oder bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts gültig [17].

---

166. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind nicht aus dem Vermögen des Vaters erworben habe, in welchem Falle dieser letztere Gesichtspunkt der entscheidende ist. Kann aber nicht in diesem Falle, sowie in jedem anderen, wo das Kind durch seine Arbeit den Vater bereichert hat, dasselbe Ersatz des Werthes seiner Arbeit fordern? Es ist zu sagen: a) da das Kind die Arbeit freiwillig geleistet, also den Vater willentlich bereichert hat, so steht ihm eine Ersatzforderung nur (§ 422) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (§ 430) oder des stillschweigenden Vertrages (§ 399 [14], § 404 [7]) zu; b) der Vater ist befugt, gegen die vom Kinde im Hause nach Art des Hauses geleistete Arbeit die dem Kinde gewährte Alimentation aufzurechnen, welchem Satze l. 10 D. 37, 15 nicht entgegensteht. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 271 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 156 fg., Kraut Vormundschaft II S. 638–640, Sintenis III § 141 [16], Brinz 1. Aufl. S. 1171 [2. Aufl. III § 459], Witting a. a. O. S. 38, Stobbe IV § 252 Nr. VII. Sf. I. 354, VII. 196, VIII. 59, IX. 174, XV. 135, XXI. 47. Vgl. auch XXIV. 116, XXXII. 150. [vgl. BGB. 1617.] — Ueber andere Fragen, welche auf den Umfang des adventicischen Erwerbes Bezug haben, s. Marezoll a a. O. S. 260 fg. 264 fg. 276 fg. 280 fg., Vangerow I § 236 Anm. 1, und vgl. im Allgemeinen auch noch Sf. III. 271.

[13] Es kann auch abgesehen von der väterlichen Gewalt vorkommen, daß ein Vermögensstück an den Vater zu Nießbrauch, an das Kind zu Eigenthum fällt, s. z. B. Nov. 22 c. 23, Nov. 98 c. 1 (127 c. 3), Nov. 97 c. 2, Nov. 117 c. 8. Für diesen Fall gelten natürlich die besonderen Grundsätze vom adventicischen Erwerb nicht, selbst dann nicht, wenn im gegebenen Fall das Kind der väterlichen Gewalt unterworfen ist. Marezoll a. a. O. S. 249 fg., Vangerow I § 236 Anm. 1.

[14] L. 6 pr. C. 6, 61, § 1 I. 2, 9.

[15] L. 1 § 1 D. 41, 6; l. 11. 17 C. 8, 53 [54].

[16] S. § 484 [2. 4].

[17] a) Nichtzurücknahme bei der Emancipation: l. 31 § 2 D. 39, 5, l. 17 C. 8, 53 [54]. b) Nichtwiderruf bis zum Tode: l. 25 C. 5, 16, l. 6 § 2 C. 6, 61, l. 18 pr. C. 3, 36, l. 2 C. 3, 29; Paul. sentent. V, 11 § 3, Vat. fr. 274. 277. 278. 281. Dieser letztere Satz hat im r. R. nicht von jeher gegolten,

4. Schlägt das Kind einen ihm angebotenen Erwerb aus, so kann der Vater denselben für sich machen [18].

§ 517.*

Die für das im vorigen § unter Ziff. 2 bezeichnete adventicische Vermögen geltenden näheren Grundsätze sind folgende.

1. Das Genußrecht, welches dem Vater an dem adventicischen Vermögen zusteht, ist ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauchs, sondern ein Genußrecht nach Art des dem Eigenthümer zustehenden Genußrechts [1]. Daher ist der Vater weder an die dem Nieß-

---

und ist wahrscheinlich erst unter dem Einfluß der entsprechenden Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten (§ 509, 4) zur Anerkennung gelangt. Das ältere R. in: l. 2 § 2 D. 41, 5, l. 1 § 1. l. 4 D. 41, 6, Vat. fr. 294—296. Ueber l. 17 C. 6, 20 s. Vangerow II S. 449 fg. (7. Aufl. S. 383 fg.) und die das. Citirten, auch in diesem Lehrbuch § 609 [v]. c) Convalescenz nach rückwärts: l. 25 C. 5, 16. Allerdings hat diese Stelle zunächst nur den Fall des Todes im Auge; aber der Grund ihrer Entscheidung ist doch der in der Nichtzurücknahme enthaltene Bestätigungswille. — Vgl. über das Ganze v. d. Pfordten Abhandlungen S. 187—204, Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 274—288.

[18] Nach Justinian's Bestimmung in l. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61. Der Satz gilt nicht bloß für Erbschaften, auf welche man ihn oft beschränkt, sondern für jeden Erwerb überhaupt. „Sancimus itaque in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur . . ." Sodann: — „nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus eius voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliud quidquam ex quocunque titulo sive donationis sive contractus alterius sibi adquirere maluerit, neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicet". Marezoll a. a. O. S. 101.

* Die hierher gehörigen Titel sind bei § 516 [10] angegeben. — Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 92 fg. 285 fg. 362 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 248 fg., Vangerow I § 236. 237, Sintenis III S. 142—152, Brinz 2. Aufl. III § 463. 464, Volk die Re des Vaters am regulären Adventizgute des Hauskindes nach gem. u. bayr. R. Bl. f. RAnw. 9. Ergänzbd. Nr. 1—8. 1890.

[1] L. 1 C. 6, 60: — „atque ita omnia agere tamquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset". L. 6 § 2 C. 6, 61: — „tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus . . . et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . vetare eum . . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare . . ." Ursprünglich war das R. des Vaters wirklich Eigenthumsr. l. 1. 2 C. Th. 8, 18. Marezoll S. 285 fg., Schirmer Erbr. S. 173 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1191—1194 [2. Aufl. III S. 644 fg.] — Haben die Kinder gegen Verfügungen des Vaters über sein Genußr. ein Einspruchsr. auf Grund ihrer Alimentationsberechtigung? Sf. III. 338, 342 a. E., V. 296. Vgl. Sf. XXII. 153. Witting a. a. O. S. 26. KO. § 1 Abs. 2 [gestrichen; § 517.

braucher bei der Ausübung seines Rechts gezogenen Schranken[2] gebunden[3], noch zu der dem Nießbraucher obliegenden Sicherheitsleistung verpflichtet[4]. Ebensowenig kann von dem Vater verlangt werden, daß er seine Verwaltung durch Rechnungslegung rechtfertige[4], woraus jedoch nicht folgt, daß er nicht nach Beendigung seines Rechts von dem Kinde in Anspruch genommen werden könnte, wenn dieses ihm einen Verstoß gegen die Pflichten ordentlicher Vermögensverwaltung nachzuweisen im Stande ist[5]. Wegen grober Verletzung dieser Pflichten kann die Verwaltung dem Vater sogar ganz entzogen und einem Vormunde übertragen werden[5a]. An die Zustimmung

---

vgl. CPO. 862]. [[Pfändbarkeit des väterlichen Nießbrauchs? Nein: Sf. XLVII. 119]]. [Ob nicht der Nießbrauch soweit pfändbar ist, als durch die Pfändung der Erfüllung der Erziehungs- und Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber den Kindern' kein Eintrag geschieht, läßt dieses Urtheil offen. Pfändbarkeit in diesen Grenzen erkennt an: Sf. XLVIII. 40.]

[2] S. I § 203 [12—14].

[3] Marezoll S. 369—371.

[4] L. 8 § 4 C. 6, 61: — „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur . .". Sf. III. 357, XXIX. 147, vgl. XIX. 238, XX. 48. Der Vater ist daher auch nicht zur Errichtung eines Inventars verbunden. Marezoll S. 390. Sf. XII. 44, XVII. 258.

[5] L. 1 C. 6, 60: — „Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere". L. 8 § 4 C. 6, 61: — „Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur". Und ferner: — „et omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere . .". — Marezoll S. 388 fg. und nach ihm Vangerow I § 236 Anm. 2 Nr. 2 sind der Ansicht, daß der Vater nur in Betreff der bona materna und materni generis und des lucrum nuptiale zur Prästation von omnis diligentia juristisch verpflichtet, dagegen seine Verpflichtung in Betreff des sonstigen adventicischen Erwerbes lediglich eine moralische sei. Ihr Hauptgrund ist: weil sich eine Verhaftung wegen omnis culpa und Befreiung von Rechnungslegung ([4]) nicht mit einander vertrage. Ich wüßte nicht, was der im Text bezeichneten Vereinigung entgegenstünde. Vgl. auch Puchta § 396 [f], Sintenis a. a. O. Anm. [33], Arndts § 432 [3], Witting a. a. O. S. 26. [KO. 54 (jetzt 61) Ziff. 5; dazu RG. XXXIX S. 70 fg.: das Vorr. besteht auch für Forderungen (aus beliebigem Grunde) des Kindes gegen den Vater, welche in die Verwaltung des Vaters gekommen sind. Vgl. Sf. LIII. 140.]

[5a] Arg. l. 13 § 2 C. 9, 51. Glück XIV S. 383, Sintenis a. a. O. Anm. [42a], Brinz 1. Aufl. S. 1198, 2. Aufl. III S. 653. Sf. III. 336, VII. 198, XXIX.147, vgl. III. 342. A. M. v. Löhr ACPra. VII S. 268 [10] und X S. 179, Marezoll S. 426, Vangerow S. 443 (7. Aufl.), Sf. II. 306. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Fall nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

des Kindes ist der Vater nur in dem einen Falle gebunden[6], wo er zum Zweck der Realisirung eines adventicischen Erwerbes oder der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruches einen Proceß zu führen hat; jedoch wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, daß das Kind das Alter der Geschlechtsreife erreicht habe und nicht abwesend sei[7].

2. Ueber die Substanz des adventicischen Vermögens kann der Vater nicht verfügen; Veräußerungen, welche er mit demselben vornimmt, sind nichtig[8], und das Kind kann nach Beendigung des väterlichen Rechts die Nichtigkeit derselben geltend machen[9], ohne daß ihm aus der bis dahin abgelaufenen Zeit eine Verjährung entgegengesetzt werden könnte[10]. Ausnahmsweise ist dem Vater die Veräußerung gestattet: a) bei Sachen, welche dem Untergang ausgesetzt oder unnütz sind[11]; b) zur Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat[12], vor-

---

[6] Vgl. im Uebrigen l. 6 § 2 C. 6, 61 (¹).

[7] L. 8 § 3 C. 6, 61. Marezoll S. 373—388 und Vangerow I § 236 Anm. 2 Nr. 3 sind der Ansicht, daß diese Stelle nur Processe über die Erbschaft selbst (von welchem Erwerbe in der genannten Stelle vorzugsweise die Rede ist) im Sinne habe, wie z. B. querela inofficiosi testamenti, actio familiae erciscundae, hereditatis petitio, während umgekehrt die Meisten (von Neueren s. Puchta § 436 [c], Arndt § 432[3], Sintenis a. a. O. Anm. [35]) die Vorschriften der Stelle von allen Processen überhaupt verstehen. Nach meiner Meinung bezieht sie sich allerdings auf die zuvor erwähnten Klagen, aber z. B. auch auf eine ererbte actio venditi oder rei vindicatio, nicht aber z. B. auf die actio locati aus einem vom Vater abgeschlossenen Miethvertrag. Vgl. Sf. III. 272. 273. XIII. 266.

[8] L. 1. 2 C. 6, 60, l. 4. l. 6 § 2. l. 8 § 5 C. 6, 61. Diese Gesetze haben im Einzelnen nur Uebertragung des Eigenthums und Verpfändung im Auge; aber es ist keiner Frage unterworfen, daß in ihrem Sinne dem Vater auch jede Bestellung eines andern dinglichen R., sowie jede Rsaufgabe überhaupt, untersagt ist. In Betreff der Forderungen verschiedene Ansichten in den Urtheilen bei Sf. II. 307, X. 181, XIV. 100, XXXIII. 236, vgl. XXIX. 230; XVII. 65. Verzicht auf Erbansprüche: das. VI. 228, VII. 65. Verzicht auf ein Pfandr.? RG. X S. 151. Vergleich: RG. XVI S. 123. Absolute Nichtigkeit Sf. XIX. 161.

[9] Ueber die Frage, ob auch der Vater selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen könne, s. I § 172a[2]. Sf. XIX. 161. [Geltendmachung durch das Kind vor Ende des väterlichen Nutzungsr.: Sf. LII. 82 (RG.)].

[10] S. I § 109[5], § 182[12].

[11] L. 8 § 5 C. 6, 61: — „exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt vel quocunque modo damnosae".

[12] L. 8 § 4 C. 6, 61. Diese Stelle spricht zunächst nur von Erbschaften, welche dem Kinde anfallen, aber daß sie für jeden Erwerb überhaupt verfügen will, zeigt das princ. Ueber andere Fragen vgl. Sf. XXVI. 41. 42. 43. Zum

ausgesetzt daß sie nicht in periodisch wiederkehrenden Leistungen bestehen, in welchem Fall der Vater sie aus den Einkünften bestreiten muß [13. 14]. — Andererseits ist auch das Kind zu Veräußerungen des adventicischen Vermögens nicht anders als mit Einwilligung des Vaters befugt [15], und zu letztwilligen Verfügungen nicht einmal mit dieser [16].

3. Das Genußrecht des Vaters fällt weg [17]: a) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas mit dieser Bedingung zugewendet wird [18]; b) wenn der Vater einem von dem Kinde zu machenden Erwerb seine Zustimmung verweigert [19]; c) wenn das Kind mit dem Vater zusammen gesetzlicher Erbe eines Geschwisters wird [20]; d) wenn dem Erwerbe des väterlichen Genußrechtes ein gesetzliches Hinderniß entgegensteht [20a]. In diesen Fällen hat das Kind das

Zweck der Abtragung neu gemachter Schulden ist dem Vater die Veräußerung nicht gestattet; er soll eben solche Schulden nicht machen. Vgl. übrigens auch Fritz ACPra. XI S. 30. Ueber das Haftungsverhältniß, wenn bei Schulden der ersten Art auch ein pec. adventicium extraordinarium oder castrense oder quasi castrense vorhanden ist, vgl. dens. das. S. 37—41.

[13] L. 8 § 4 C. cit.: — „si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex huiusmodi reditibus haec dependere compelletur".

[14] Daß der Vater auch durch die Zustimmung des Kindes die Befugniß zu Veräußerungen erlangt, sagen die Quellen nicht ausdrücklich, weil sie es als selbstverständlich voraussetzen. Die Gründe, aus welchen Marezoll S. 405 fg. und Vangerow S. 439 diesen Satz leugnen, halte ich nicht für stichhaltig. Vorausgesetzt wird natürlich Handlungsfähigkeit des Kindes oder Ergänzung derselben, wie sie bei einem nicht unter väterlicher Gewalt Stehenden erforderlich sein würde. Für die hier vertheidigte Meinung auch Sf. VIII. 60. — Das Erkenntniß bei Sf. III 335 nimmt an, daß dem Vater auch dann Veräußerung erlaubt sei, wenn sie dem Kinde zu „merklichem Nutzen" gereiche.

[15] L. 8 § 5 C. 6, 61. Daher haftet das adventicische Vermögen auch nicht für die von dem Kinde neu gemachten Schulden. Fritz ACPra. XI S. 29, vgl. aber auch S. 31. Nur für anfechtbar erklärt die ohne Einwilligung des Vaters gemachte Veräußerung das Erk. bei Sf. XXXI. 342.

[16] L. 8 § 5 C. cit., l. 11 C. 6, 22.

[17] S. g. peculium adventicium extraordinarium oder irregulare. Marezoll S. 409—446, v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. XIV S. 281 fg., Vangerow I § 237.

[18] Nov. 117 c. 1. Sf. III. 71. 343, XII. 43, XXXV. 41, XLIV. 259 [[XLVI. 200]].

[19] L. 8 pr. C. 6, 61.

[20] Nov. 118 c. 2. Vgl. § 572 [21].

[20a] S. § 509 [20 a. E.], § 546 [4 a. E.]. — Ueber die, jedenfalls heutzutage unpraktische, Nov. 134 c. 11 f. Marezoll S. 418—423, v. Buchholtz S. 303—309. — Viele lassen auch in dem Falle der l. [50] 52 D. 36, 1 ein pec. adventicium extraordinarium entstehen; vgl. § 516 [8]. —

Erworbene zu vollem Recht[21]; nur kann es darüber nicht letztwillig verfügen[22], und im zweiten der genannten Fälle ist ihm auch zur Proceßführung die väterliche Zustimmung in dem oben bei Ziff. 1 z. E. angeführten Maße erforderlich, so jedoch, daß der Vater zu dieser Zustimmung richterlich genöthigt werden kann[23]. Bedarf das Kind eines Vormundes, so ist im ersten Fall zunächst darauf zu sehen, ob nicht der Zuwendende einen Vermögensverwalter bezeichnet hat; ist dieß nicht der Fall oder lehnt der Bezeichnete ab, so hat die Obrigkeit in der Ernennung des Vormundes freie Hand[24]. In den übrigen Fällen wird zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen; lehnt derselbe ab, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[25].

[I. Nach BGB. sind das Verwaltungsrecht des Vaters und dessen Nutznießungsrecht scharf zu trennen. Die Gegenstände des Verwaltungsrechts und des Nutznießungsrechts sind nicht nothwendig dieselben; fehlt das Verwaltungs-

---

Ueber noch andere Fälle desselben, welche man aufgestellt hat, s. Marezoll S. 423—426, v. Buchholtz S. 310—333, Vangerow S. 443, Sintenis Anm. [47].

[21] Veräußerungsbefugniß: l. 8 § 5 C. 6, 61. Daher kann das pec. adventicium extraordinarium auch wegen der Schulden des Kindes angegriffen werden. Rverhältniß den Gläubigern gegenüber, wenn das Kind zugleich ein pec. castrense oder quasi castrense hat: Fritz ACPra. XI S. 34—37. — Ohne Grund nimmt Fitting castrence peculium S. 654 [8] an, daß die l. 8 § 5 cit. sich nur auf Verwaltungsveräußerungen beziehe — Vgl. noch Sf. XII. 44.

[22] S. l. 11 C. 6, 22. Es ist dieß die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow II § 428 Anm. Nr. II und die daselbst Citirten, Fitting castrense peculium S. 344 fg. 653.

[23] L. 8 pr. C. 6, 61, welche Stelle nothwendigerweise denselben Sinn haben muß, wie § 3 eod. ([7]). Auch hier sind übrigens die Ansichten verschieden. S. auf der einen Seite Marezoll S. 442, Vangerow I § 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. [50], auf der andern v. Löhr ACPra. XI S. 180, v. Buchholtz S. 285. [Die Proceßfähigkeit, welche CPO. § 51 Abs. 2 dem großjährigen Hauskinde zusprach, hatte keinen Einfluß auf die Frage, in wie weit dem Hauskinde wegen des Verwaltungsrechtes des Vaters an seinem Vermögen die Aktiv- und Passivlegitimation zu Processen über dasselbe fehlte vgl. Seuffert z. CPO. § 51). In der jetzigen Fassung der CPO. fehlt die angeführte Bestimmung, weil es Volljährige unter elterlicher Gewalt nicht mehr gibt.]

[24] Nov. 117 c. 1. Der Zuwendende kann ausnahmsweise auch die verheirathete Mutter und Großmutter durch seine Bezeichnung zur Vormundschaft fähig machen. S. jedoch auch Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. XVI S. 81—86. Sintenis Anm. [52] läßt, wenn der Zuwendende keine Bestimmung getroffen hat oder der Ernannte ausschlägt, den Vater als Vormund eintreten, mit Berufung auf l. 7 pr. C. 5, 70; aber Nov. 117 c. 1 cit. spricht zu bestimmt. Vgl. noch Sf. III. 343.

[25] L. 8 § 1 C. 6, 61, l. 7 pr. C. 5, 70. Vgl. § 432 [5].

recht, so wird das Nutznießungsrecht wesentlich modificirt. Vorweg ist noch zu bemerken, daß Zuwendungen des Vaters an das Kind durch die elterliche Gewalt in keiner Weise gehindert werden (vgl. § 516, 3). An sich erhält freilich der Vater an dem Zugewandten die väterliche Nutznießung; auf diese aber kann er verzichten (1662); sie tritt nicht ein, wenn die geschenkte Sache ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmt ist (1650). Zuzusehen ist natürlich, ob dasjenige, was der Vater dem Kinde zum persönlichen Gebrauch reicht, ihm überhaupt geschenkt sein und nicht vielmehr Vermögen des Vaters bleiben soll. — Der Satz § 516, 4 besteht nicht mehr.

1. Das Recht und die Pflicht der elterlichen Vermögensverwaltung.

a) Die väterliche Verwaltung erstreckt sich nach BGB. auf alles Vermögen des Kindes, ausgenommen allein dasjenige, welches das Kind von Todeswegen oder durch unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden erwirbt, und in Ansehung dessen der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwender unter Lebenden bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb von der Verwaltung des Vaters ausgeschlossen sein soll (1638 Abs. 1). Der Ausschluß erstreckt sich auch auf die Surrogate des Erwerbs gemäß § 1638 Abs. 2. Der Ausschluß der väterlichen Verwaltung ist aber nicht nothwendig mit Ausschluß der väterlichen Nutznießung verbunden (vgl. § 517 zu [18. 24]).

b) Der Erblasser oder sonstige Zuwender kann auch, während er dem Vater die Verwaltung läßt, über die Verwaltung Anordnungen treffen, die freilich nicht absolut verbindlich sind (1639).

c) Das Gesetz begrenzt die rechtliche Macht des Vaters durch die Vorschrift, daß er Schenkungen in Vertretung des Kindes nicht machen kann, ausgenommen solche, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (1641). Ein allgemeines Veräußerungsverbot dagegen (§ 517, 2) besteht nicht. Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtsgeschäften bedarf der Vater in einer geringeren Zahl von Fällen als der Vormund (1643. 1644. 112. 1336 Abs. 2. 1484. 1491 Abs. 3. 1492 Abs. 3. 1750 Abs. 1. 1755. 1770. 2282 Abs. 2. 2290 Abs. 3 2291. 2292. 2347. 2351. 2352). Dabei finden §§ 1825. 1828—1831 entsprechende Anwendung; vgl. unt. zu § 442. Ueber Schranken des väterlichen Vertretungsrechts s. noch ob. S. 61 fg.

d) Nur instructionell: 1645. — Mündelsichere Anlage von Geldern: 1642.

e) Der § 1646 (vgl. 1381) verordnet zum Schutze des Kindes in gewissem Umfange eine dingliche Surrogation. Der Vater kann zwar mit Mitteln des Kindes für sich erwerben, dergestalt, daß er nur zum Ersatz der verwandten Mittel des Kindes oder zur Uebertragung des Erworbenen obligatorisch verpflichtet ist. Man ging jedoch davon aus, daß der Vater das Kindesvermögen thatsächlich nach Außen wie sein eigenes behandelt und regelmäßig nicht zum Ausdruck bringt, daß er als Vertreter des Kindes handelt. Angesichts dessen werde der dem Kinde zugedachte Erwerb für dasselbe erst dann eintreten, wenn der Vater das Erworbene ihm mittels besonderen Acts übertragen habe dabei laufe das Kind aber Gefahr, einen solchen Act nicht nachweisen zu können (Prot. d. II. Comm. S. 6010 fg.). Um das Kind dieser Gefahr zu überheben, ist bestimmt, daß, wenn der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen

erwirbt, mit dem Erwerbe das Eigenthum auf das Kind übergeht, d. h. daß das Kind in demselben Augenblick das Eigenthum erwirbt, in welchem an sich der Vater es erwerben würde, es sei denn, daß der Vater nicht für Rechnung des Kindes erwerben will, was zu beweisen ist. Nicht für Rechnung des Kindes will er im Sinne dieses Satzes erwerben, wenn er das Erworbene für sich zu behalten beabsichtigt, aber doch wohl auch dann, wenn er, vorbehältlich späterer Uebertragung auf das Kind, zunächst für sich erwerben will. Besonders hervorgehoben ist, daß das Gesagte auch für Inhaberpapiere und mit Blancoindossement versehene Orderpapiere gilt (1646 Abs. 1 S. 2). Auch dann gilt dasselbe, wenn nicht die Sache, sondern ein Recht an ihr oder ein sonstiges Recht erworben wird, zu dessen Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt (z. B. Forderung, Urheberrecht). Bei dem Erwerb von Forderungen wird nicht nur an den Erwerb bestehender Forderungen durch Abtretung, sondern auch an die Begründung von Forderungen zu denken sein, (z. B. der Vater verkauft eine Sache des Kindes: die Kaufgeldforderung erwirbt das Kind, wenn nicht deutlich erhellt, daß der Vater sie für sich erwerben will, was z. B. bei Ausstellung eines Schuldscheins aus dem darin aufgeführten Namen des Gläubigers erhellen wird. Wenigstens sagen die Protokolle der II. Comm. S. 5246 zu § 1381, daß die Surrogation bei dem Erwerb von Werthpapieren auf Namen nicht eintrete; wenn der Mann einen Wechsel auf seinen eigenen Namen erwerbe, so gebe er zu erkennen, daß er nicht sofort für die Frau erwerben wolle, und diese soll dann auch nicht erwerben. Das Gleiche muß aber auch im Verhältniß zwischen Vater und Kind und auch dann gelten, wenn es sich nicht um Wechsel, sondern um andere auf Namen schriftlich gestellte Forderungen handelt. Werden Rechte erworben, die im Grundbuch eingetragen werden, so hat es bei dem Erwerb für denjenigen sein Bewenden, auf dessen Namen die Eintragung erfolgt.

f) Der Vater kann niemals sich der Verwaltungspflicht entziehen (vgl. § 516 zu [9]. § 517 zu [25]).

2. Das Nutznießungsrecht des Vaters.

a) das Nutzungsrecht erstreckt sich auf alles Vermögen des Kindes mit den folgenden Ausnahmen; die nicht der Nutznießung unterliegenden Gegenstände bilden das freie Vermögen des Kindes. Solche sind

α) die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräthe (1650).

β) Was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt (1651 Abs. 1 Ziff. 1; vgl. § 516 [8]).

γ) Erwerb von Todeswegen und unentgeltlicher Erwerb unter Lebenden, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwender unter Lebenden bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll, womit nicht nothwendig der Ausschluß der väterlichen Verwaltung verbunden ist (1651 Abs. 1 Ziff. 2; vgl. § 517 zu [18]).

δ) Die Surrogate der unter β und γ bezeichneten Erwerbungen nach Maßgabe von § 1638 Abs. 2 (1651 Abs. 2).

ε) Gegenstände, in Ansehung deren der Vater auf die Nutznießung verzichtet hat; denn der nach § 1662 zulässige Verzicht muß nicht nothwendig das ganze Kindesvermögen betreffen. Das Surrogationsprincip des § 1638 Abs. 2 auch auf diejenigen Gegenstände anzuwenden, welche von dem Verzicht betroffen wurden, liegt nahe, hat aber keinen Anhalt im Gesetz, und richtiger dürfte sein, die Frage, in wiefern der Verzicht sich auch auf die Surrogate erstreckt, als eine Auslegungsfrage zu behandeln, die freilich im Zweifel zu bejahen sein wird.

b. Wenn der Vater Verwaltungs- und Nutznießungsrecht hat, so gestaltet sich das Verhältniß wie folgt:

α) der Vater erwirbt die Nutzungen wie ein Nießbraucher (1651).

β) Er darf verbrauchbare Sachen für sich veräußern oder verbrauchen und schuldet nun nur den Werth nach Beendigung der Nutznießung (inzwischen nutzt er den Betrag, vgl. 1067); nur wenn die ordnungsmäßige Vermögensverwaltung früheren Ersatz fordert, ist er früher zu leisten (der Vater nutzt dann das durch den Ersatz verbesserte Kindesvermögen). Mit Geld darf der Vater in der bezeichneten Weise nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfahren (1653).

γ) Der Vater trägt die Lasten des der Nutznießung unterliegenden Vermögens und zwar nach Analogie der bei der Verwaltungsgemeinschaft für die Lastentragung des Mannes geltenden Grundsätze (1654).

δ) gehört zu dem Vermögen ein Erwerbsgeschäft, welches der Vater im Namen des Kindes betreibt, so gebührt dem Vater nur der jährliche Reingewinn, und wenn sich in einem Jahre Verlust ergibt, so verbleibt der Gewinn späterer Jahre bis zur Ausgleichung des Verlustes dem Kinde (1655).

ε) Das Nutznießungsrecht ist nicht übertragbar (1658 Abs. 1), auch nicht pfändbar (CPO. 862 Abs. 1); die erworbenen Früchte sind nur soweit pfändbar, als sie nicht erforderlich sind zur Erfüllung der dem Vater in Ansehung der Lasten des Kindesguts obliegenden Verpflichtungen und der ihm obliegenden Unterhaltspflicht gegen das Kind selbst, gegen seine anderen Abkömmlinge, seine Frau, seine frühere Frau, oder seine Ascendenten, sowie zur Bestreitung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts (CPO. 862 Abs. 2. 861 Abs. 1 S. 2). Die Ansprüche des Vaters auf Geschäftserträge (1655) sind erst dann übertragbar, wenn sie fällig sind (1658 Abs. 2). Von da an sind sie pfändbar wie erworbene Früchte (CPO. 862 Abs. 2. 861 Abs. 1 S. 2). Vgl. hiezu § 517[1].

c. Wenn der Vater das Verwaltungsrecht nicht hat, wohl aber das Nutzungsrecht (sei es daß es sich um Gegenstände handelt, an denen die Verwaltung des Vaters ausgeschlossen ist, sei es, daß der Vater das Verwaltungsrecht verloren hat, nicht aber das Nutzungsrecht), so kann die Verwaltung der Mutter oder einem Pfleger oder einem Vormund zustehen (s. zu § 525). In Fällen dieser Art gilt:

α) Der Vater kann die Nutznießung nicht selbst ausüben, sondern nur die Herausgabe der Nutzungen verlangen, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist (1656 Abs. 1).

β) Wenn die Vermögensverwaltung dem Vater deßwegen nicht zusteht, weil die elterliche Gewalt ruht, oder wenn ihm vom Vormundschaftsgericht die

Sorge für die Person und das Vermögen entzogen ist, so können die Kosten des Unterhalts des Kindes aus den Nutzungen vorweg entnommen werden, soweit sie dem Vater zur Last fallen (1656 Abs. 2). Ist dem Vater nur die Verwaltung entzogen, oder hat der Vater aus anderen Gründen die Vermögensverwaltung nicht (Concurs [1647]), Ausschluß durch Erblasser oder Schenker [1638]), so findet dieser Satz keine Anwendung.

γ) Verbindlichkeiten, welche, wenn der Vater die Nutznießung selbst auszuüben hätte, erst bei deren Ende zu erfüllen wären, sind sofort zu erfüllen (1657 S. 1). Der Vater hat also den Ersatz des Werthes verbrauchbarer Sachen, über die er für sich verfügt hat, sofort zu leisten (vgl. 1653); er empfängt die Erträge des durch den Ersatz verbesserten Vermögens. Die Vorschrift dient der Sicherheit des Kindes, soll aber aus billiger Rücksicht auf den Vater dann keine Anwendung finden, wenn der Ausschluß seiner Verwaltungsrechte in Folge Ruhens der elterlichen Gewalt eintritt (1657 S. 2).

δ) Die Ansprüche des nicht verwaltenden Vaters auf Nutzungen sind, sobald sie fällig sind, übertragbar, von da an auch pfändbar, wie erworbene Früchte (1658 Abs. 2, CPO. 862 Abs. 2. 861 Abs. 1 S. 2).

d. Die Gläubiger des Kindes können ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen (1659 Abs. 1; vgl. 1411 Abs. 1). Ihnen gegenüber sind die Ansprüche aus § 1653 stets sofort fällig (1659 Abs. 2; vgl. 1411 Abs. 2). Im Verhältniß zwischen Vater und Kind fallen dem freien Vermögen des Kindes zur Last Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen des Kindes oder aus einem deßwegen gegen das Kind gerichteten Strafverfahren; wird die elterliche Gewalt erst nach der Geburt des Kindes begründet (Legitimation, Annahme an Kindesstatt), so gilt das Gesagte nur, wenn es sich um ein nach Begründung der elterlichen Gewalt begangenes Delict handelt. Ferner fallen dem freien Vermögen zur Last Verbindlichkeiten aus einem sich auf das freie Vermögen beziehenden Rechtsverhältniß, die Kosten eines Rechtsstreits über eine der vorbezeichneten Verbindlichkeiten und diejenigen eines Rechtsstreits zwischen Vater und Kind, sofern sie nicht (wegen seines Unterliegens) dem Vater zur Last fallen (1660. 1415. 1416 Abs. 1). S. noch 1660. 1417.

3. Der Vater haftet bei Ausübung der elterlichen Gewalt nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (1664); dieß gilt sowohl bei der Verwaltung, wie bei Ausübung des Nutzungsrechtes.

4. Das Vormundschaftsgericht hat die erforderlichen Maßregeln zu treffen, wenn der Vater verhindert ist, die elterliche Gewalt auszuüben und nicht die Mutter sie nach § 1685 ausübt (1665). Das Vormundschaftsgericht kann auch einschreiten wegen Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes oder seines Vermögens (1666—1675. s. auch 1640). Dabei kann es zur Entziehung einzelner oder aller Functionen der elterlichen Gewalt kommen. S. darüber unten zu § 525.

II. Auf die Stellung der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt finden die gleichen Sätze Anwendung, vorbehaltlich der Besonderheiten, welche sich ergeben, wenn der Mutter ein Beistand bestellt ist (1686 bis 1695).]

Einräumung eines Sondergutes.

§ 518.

Wenn der Vater dem Kinde Etwas aus seinem Vermögen zu factisch selbständigem Haben überläßt[1], so haftet er aus den Verpflichtungen des Kindes bis zum Belange des Ueberlassenen. Hiervon ist bereits in § 484 gehandelt worden. Dagegen ist das Kind zu Veräußerungen des Ueberlassenen nicht ohne Weiteres befugt[2]; es bedarf dazu einer besonderen Gestattung des Vaters. Dieselbe kann aber auch stillschweigend gegeben werden, und liegt namentlich in der Einräumung der Verwaltung des Ueberlassenen[3]; nur wird eine solche Einräumung regelmäßig nicht dahin ausgelegt werden dürfen, daß dem Kinde auch Schenkungen erlaubt sein sollen[4]. — Andere rechtliche Wirkungen der Ueberlassung eines Sondergutes sind:

1) daß der Vater durch das Kind ohne Wissen und Willen Besitz erwirbt[5];

---

§ 518. [1] Das eigentliche peculium, das einzige vor der Entstehung des pec. castrense und quasi castrense (§ 516 [2]), von den Neueren im Gegensatz zu dem s. g. peculium adventicium (§ 516 [10]) peculium profecticium genannt (vgl. Mandry das gem. Familiengüterr. S. 4). — Ueber die Ansicht, daß die römischen Grundsätze über dieses peculium heutzutage unanwendbar seien, s. § 484 [4].

[2] Vgl. hierzu und zum Folgenden überhaupt: Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. N. F. V S. 200 fg., 232 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1179 fg. 2 Aufl. III S. 625 fg., Mandry über Begriff und Wesen des Peculium S. 57 fg. und a. a. O. S. 86—116.

[3] L. 46 D. 15, 1, l. 48 § 1 eod., l. 28 § 2 D. 2, 14, l. 34 pr. (vgl. l. 16. 23. 25) D. 46, 2, l. 84 D. 46, 3, l. 52 § 26 D. 47, 2, l. 10 C. 4, 26. Wenn in einigen dieser Stellen als Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß nicht „administratio" überhaupt, sondern „libera administratio" bezeichnet wird, so soll damit gesagt sein, daß bei der Einräumung der Verwaltung die Veräußerungsbefugniß nicht ausdrücklich müsse entzogen worden sein. In anderen Stellen wird denn auch von administratio schlechthin, in noch anderen von administratio und libera administratio abwechselnd gesprochen. S. z. B. l. 28 § 2 D. 2, 14, l. 3 § 2 D. 14, 6, l. 48 D. 15, 1. — Auch die Einräumung der Verwaltung selbst kann stillschweigend geschehen. L. 7 § 1 D. 15, 1 steht nicht entgegen; diese Stelle will nur sagen, daß die Einräumung der Verwaltung eine Willenserklärung überhaupt voraussetze (eine andere Erklärung bei Mandry a. a. O. S. 116). Vgl. auch § 354 [15].

[4] L. 28 § 2 D. 2, 14, l. 1 § 1 D. 20, 3, l. 7 pr. — § 5 D. 39, 5, l. 52 § 26 D. 47, 2. Regelmäßig: l. 7 § 1. 3 D. 39, 5. Den Schenkungen stehen gleich andere Veräußerungen, durch welche ein bloßer Vermögensverlust herbeigeführt wird, l. 3 § 2 D. 14, 6.

[5] S. I § 155 [11]. D. h. näher: es wird dem Vater aus dem Besitz des Kindes das Besitzr. gegeben (I § 148 a. E.).

2) daß das Sondergut dem Kinde als eigenes Vermögen bleibt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknimmt[6]; und

3) ebenso wenn das Vermögen des Vaters vom Fiscus wegen Schulden mit Beschlag belegt wird[7, 8]

[Das romanistische Peculium besteht nicht mehr.]

d. **Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen zwischen Vater und Kind.**

§ 519.

Eine Folge der im ursprünglichen römischen Rechte geltenden Vermögensunfähigkeit des Kindes in väterlicher Gewalt war auch die, daß weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatsachen eigentliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und dem Kind erzeugt werden konnten[1]; bloß im natürlichen Sinne konnte von einer Verbindlichkeit zwischen ihnen die Rede sein[2], und nur in außerordentlichen Fällen griff die Gerichtsobrigkeit kraft ihrer Machtvollkommenheit auch zwangsweise ein[3]. Ebensowenig war ein Rechts-

---

[6] Dieser Satz wird durch die gewöhnlich dafür angeführten l. 31 § 2 D. 39, 5 und l. 17 C. 8, 53 [54] nicht bewiesen: diese Stellen sprechen nur von der Convalescenz der Schenkung durch Nichtzurücknahme der Schenkung bez. des Peculiums (vgl. § 484 [1. 4. a. E.]). Aber er folgt aus der Analogie des bei der Freilassung eines Sclaven Geltenden (§ 20 I. 2, 20, l. 53 D. 15, 1, Vat. fr. 261), und ist direct anerkannt in Vat. fr. 260. Die Beschränkung in Betreff der Ansprüche, welche l. 53 cit. und Vat. fr. 260 hinzufügen, hat nur historische Bedeutung (§ 329 [6]). — Nichtzurücknahme des Peculiums bis zum Tode des Vaters bewirkt nur, daß die dem Kinde vom Vater gemachte Schenkung (derjenige Theil des Peculiums, welcher es durch Schenkung des Vaters an das Kind geworden ist) an das Kind fällt, s. § 516 [17] und l. 12 C. 6, 20, § 20 I. 2, 20, Vat. fr. 261. Marezoll a. a. O. S. 241 fg.

[7] L. 3 § 4 D. 4, 4. Kämmerer ZS. f. CR. und Pr. XIV S. 93 fg., Marezoll a. a. O. S. 244 fg.

[8] Eine fernere in diesen Zusammenhang gehörige, aber heutzutage nicht mehr anwendbare Bestimmung in Nov. 81 c. 1. Marezoll ACPra. VIII S. 281—284.

[1] § 6 I. 3, 19, l. 2 pr. D. 18, 1, l. 52 [50] D. 36, 1, l. 7 D. 44, 7, l. 16. l. 17 pr. D. 47, 2. Das Kind konnte dem Vater gegenüber nicht berechtigt sein, weil es überhaupt nicht berechtigt sein konnte; es konnte dem Vater gegenüber nicht verpflichtet sein, weil sein Wille bereits in seiner Totalität dem Vater unterworfen war. S. über die verschiedenen Auffassungen v. d. Pfordten Abhandlungen S. 113 fg., Rudorff kr. Jahrb. f. deutsche RW. 1842 S. 17 fg., Schwanert Naturalobligat. S. 311 fg., Sintenis III § 141 [3], Brinz 1. Aufl. S. 1160 fg. 2. Aufl. III S. 299 fg., Mandry das gem. Familiengüterr. I S. 153. 367 fg. § 519.

[2] S. unten Ziff. 2.

streit zwischen Vater und Kind möglich[4]. — Mit der Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes ist auch diese Folge weggefallen. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen haben jetzt der Regel nach zwischen Vater und Kind die gleiche Wirkung, wie zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt nicht verbunden sind[5], und nur folgende Ausnahmen gelten.

1. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche darauf gerichtet sind, das Kind aus dem Vermögen des Vaters schlechthin reicher zu machen, erzeugen gar keine juristische Wirkung[6]. Doch kann in dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes zu dem bezeichneten Zwecke möglicherweise die Einräumung eines Sondergutes oder die Vermehrung eines eingeräumten liegen[7].

---

[3] L. 5 § 1 D. 25, 3, l. 19 D. 23, 2. Vgl. l. 17 [16] § 11 D. 36, 1, l. 32 pr. l. 33 D. 1, 7, l. 92 D. 35, 1; l. 16 D. 33, 1, l. 17 D. 34, 1. Mandry a. a. O. I S. 229 fg.

[4] L. 4. 11 D. 5, 1, l. 7 § 3 D. 47, 10.

[5] Dieß ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt für das peculium castrense, l. 4 D. 5, 1, l. 2 pr. D. 18, 1, l. 42 § 3 D. 29, 2, l. 52 § 4—6 D. 47, 2, l. 15 § 1. 2 D. 49, 17, l. 2 D. 14, 6. Es ist zwar nicht anerkannt für den adventicischen Erwerb; aber der Grund davon kann nur in der Nachlässigkeit der Compilatoren oder darin gefunden werden, daß sie die Mühe der Aenderung gescheut haben. In der That ist nach dem neuesten r. R. das Kind in väterlicher Gewalt als solches, abgesehen von Ausnahmefällen, ganz in gleichem Grade vermögensfähig, wie es in früherer Zeit bloß der filiusfamilias miles war — ja in noch höherem Grade, da ja das pec. castrense der Strenge des R. nach nicht aufhörte, Vermögen des Vaters zu sein; folglich müssen auch Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise möglich sein, wie sie bereits früher zwischen dem filiusfamilias miles und dem Vater möglich waren. Man darf auch nicht entgegnen, daß nach neuestem R. zwischen dem Vater und dem Kinde als solchem Rverhältnisse jedenfalls nur ex causa adventicia möglich seien, wie früher zwischen dem Vater und dem filiusfamilias miles nur ex causa castrensi (l. 15 § 1. 2. D. 49, 17); denn causa adventicia ist eben eine jede, die nicht castrensis oder ex re patris ist ([6]). Uebrigens hat auch das r. R. die Nothwendigkeit der causa castrensis für den filiusfamilias miles in Betreff der Verpflichtungen desselben nicht festgehalten, l. 52 § 5 D. 47, 2. — Das hier Gesagte ist jedoch weit davon entfernt allgemein anerkannt zu sein. Andere, und unter den Civilisten wohl die Meisten, bleiben bei dem unmittelbaren Inhalt des r. R. stehen. S. die Citate § 289 [27]. Für die gemeine Meinung auch Brinz 1. Aufl. S. 1205 fg. 2. Aufl. III S. 657 fg. 662 fg. Aus der Praxis: Sf. I. 353, XIV. 44, XVII. 255, XIX. 160, XXVII. 38, XXVIII. 139, XXXII. 149; III. 333, XIII. 267; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30, XXVI. 138.

[6] S. § 516, 3. Ueber die Meinung, welche für das heutige R. auch diese Beschränkung fallen lassen will, s. § 484 [2. 4].

[7] S. § 484 [2. 4 a. E.].

2. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche eine specielle Beziehung auf ein dem Kinde eingeräumtes Sondergut haben, erzeugen nur eine natürliche Verbindlichkeit, welche, an das Sondergut gebunden[8], ihre Wirkung darin zeigt, daß sie: a) bei der Berechnung des Sondergutes activ und passiv berücksichtigt wird[9]; b) daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[10].

[Nicht mehr in Geltung. S. auch oben S. 76.]

II. Geltendmachung der elterlichen und Kindesrechte.

§ 520.

1. Ihre Erziehungsgewalt den Kindern gegenüber setzen die Eltern durch eigene Macht durch; im Nothfalle können sie auch den Richter um Unterstützung anrufen[1].

[S. BGB. 1631 Abs. 2; dazu ob. S. 64.]

Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Eltern gegen die Kinder und umgekehrt werden in der gewöhnlichen Weise durch Klage geltend gemacht[2].

Auch dann tritt richterliche Cognition ein, wenn das Verhältniß von der einen oder von der andern Seite bestritten ist[3]. Für das Kind kann auch die Mutter auf Anerkennung und Alimentation klagen[4]. Dabei gilt folgendes Besondere: wenn eine Frau nach der Scheidung sich schwanger fühlt und dieß dem Manne binnen eines Monats anzeigt, und der Mann darauf weder die Schwangerschaft bestreitet noch der Frau eine Aufsicht bestellt, so kann die Frau für das von ihr geborene Kind trotz der Nichtanerkennung des Mannes Alimente verlangen, bis dieser nachweist, daß das Kind nicht sein Kind sei[5].

[BGB. 1591—1600; bes. 1593—1597; dazu ob. I S. 218 fg. Absolute Rechtskraft: CPO. 643; Besonderheiten des Verfahrens: CPO. 640—642. Ein

---

[8] L. 38 pr. § 1. 2 D. 12, 6. Vgl. § 289 [26].

[9] S. darüber § 289 [24].

[10] S. § 289 [25].

[1] L. 3 C. 8, 46 [47]. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundschaft II S. 621—622. § 520.

[2] S. z. B. l. 5 pr. D. 25, 3.

[3] L. 3 § 4 D. 43, 30, l. 1 § 2 D. 6, 1; l. 4 D. 43, 30, l. 1 C. 8, 8; l. 3 § 2 D. 12, 2, l. 8 D. 22, 3. [Rkraft gegen Dritte verneint gemeinrlich Sf. XLIX. 75].

[4] L. 1 § 16. l. 2. l. 3 D. 25, 3.

selbständiges Recht der Mutter, die Ehelichkeit des Kindes zu vertheidigen, ist nicht anerkannt; auch ist sie nicht gesetzliche Vertreterin des Kindes in dieser Hinsicht oder mit Bezug auf Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Kindes, wenn sie es nicht aus besonderen Gründen ist. Der Satz zu [5] besteht nicht mehr.]

2. Den Eltern erwächst aus dem elterlichen Verhältnisse auch gegen Dritte, welche ihnen ihre Kinder gegen deren Willen vorenthalten, ein durch Klage geschützter Anspruch auf Herausgabe der Kinder[6].

[Ebenso BGB. 1632. Den Anspruch hat derjenige Elterntheil, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht. Vgl. S. 64 fg. und unt. zu § 525.]

3. Fürchtet ein Mann nach der Scheidung, daß die Frau ihm ein Kind, mit welchem sie schwanger geht, entziehe, so kann er verlangen, daß die Frau eine von ihm bestellte Aufsicht annehme, und wenn die Frau die Schwangerschaft bestreitet, daß die Schwangerschaft durch Sachverständige festgestellt werde. Die Weigerung der Frau wird durch Geldstrafen und Pfändung gebrochen[7].

[Nicht mehr in Geltung.]

---

[5] Nach der Vorschrift des SC. Plancianum, l. 1 D. 25, 3. Glück XXXVIII S. 86—106, Sintenis III S. 87—88. Der Ausdruck der Quellen ist: der Mann werde zur Anerkennung gezwungen, jedoch nur was die Alimentation angehe, § 4. 14. 15 l. cit. Daß der Mann dieser Nothwendigkeit entgeht durch Bestreitung der Schwangerschaft oder Bestellung einer Aufsicht: § 4 l. c.; § 11 eod. sagt nicht das Gegentheil, und ebensowenig Paul. sentent. II, 24 § 5, in welcher Stelle die richtige Lesart ist „quo omisso“ (statt „quibus missis“, s. die Ausgaben von Huschke und Krüger). A. M. Glück S. 99, Sintenis Anm. [21]. Möglichkeit für den Mann, sich auch von der Alimentationsverbindlichkeit durch Gegenbeweis zu befreien: l. 7 D. 25, 3. Anzeige binnen eines Monats nach der Scheidung: § 7. 9. 10 l. c. Durch Zurückweisung der vom Manne bestellten Aufsicht verliert die Frau wieder den bezeichneten Vortheil: § 6 l. c. Daß die unterlassene Anzeige dem Kinde keinen weiteren Schaden bringt: § 6. 8. 13. 15 l. c.

[6] Das r. R. stellte zu diesem Ende dem Inhaber der patria potestas sowohl eine vindicatio zu Gebot (l. 1 § 2 D. 6, 1, Brinz 1. Aufl. S. 1165 fg., a. M. Demelius Exhibitionspflicht S. 244 fg.), als zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis ducendis, von denen das zweite das erste ergänzt — Dig. 43, 30, Cod. 8, 8. Der Mutter wurde „ad instar“ dieser Interdicte geholfen, l. 2. 3 C. tit. cit. Befugniß des Richters, bei Impubertät des Kindes den Proceß bis zur erreichten Pubertät auszusetzen: l. 3 § 4 D. tit. cit. Möglichkeit provisorischer Verfügung für die Dauer des Processes: l. 3 § 6 eod. Vgl. überhaupt Brinz 1. Aufl. S. 1166 fg. 2. Aufl. III § 458, Demelius a. a. O. S. 246 fg., Wendt Faustr. S. 270 fg., RG. X S. 113, Sf. XXXIX. 313, RG. XVIII S. 186, [Sf. XLVIII. 39 (RG.) LIV. 229, RG. XXXII S. 169 fg.; s. auch XLVI. 152 u. vgl. § 525 [8].]

[7] L. 1 pr. — § 9 D. 25, 4. Glück XXVIII S. 301—311. — Zu Vorsichtsmaßregeln gegen den umgekehrten Fall der Unterschiebung eines Kindes ist der Mann nur nach dem R. des SC. Plancianum befugt, s. Note [5] und

III. Entstehung der elterlichen und Kindesrechte.

A. Durch Geburt.

§ 521.

Ein Kind hat zur Mutter die Frau, welche es geboren hat, zum Vater den Ehemann der Mutter zur Zeit der Conception. Daraus folgt, daß uneheliche Kinder keinen Vater haben[1]. Hiervon gilt jedoch nach der Vorschrift des canonischen Rechts eine Ausnahme für die aus einer putativen Ehe geborenen Kinder[2].

Ist der Vater eines Kindes selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehen die Rechte der väterlichen Gewalt nicht dem Vater des Kindes zu, sondern dem Vater 2c. des Vaters[3].

[BGB. 1. Ueber die Frage der ehelichen Geburt s. 1591—1600; dazu I S. 218 fg.

2. Kinder aus Putativehen läßt auch das BGB. als ehelich gelten und zwar nach folgenden näheren Grundsätzen.

a. Wenn die Kinder als ehelich gelten sollen, so darf die Nichtigkeit der Ehe nicht beiden Gatten bekannt gewesen sein; beruht die Nichtigkeit auf Formmangel, so muß die Ehe ins Heirathsregister eingetragen sein (1699). Eine auf Grund ihrer Anfechtbarkeit vernichtete Ehe steht auch hier der nichtigen gleich, und der Gatte, welcher die Anfechtbarkeit kannte, wird angesehen, als habe er die Nichtigkeit gekannt (1343 Abs. 1). Ist die Ehe wegen Drohung anfechtbar und angefochten, so ist billiger Weise dem Bedrohten die gleiche Stellung eingeräumt, wie dem, der den Anfechtungsgrund nicht kannte (1704). In jedem Falle sind die Kinder solange als vollkommen eheliche zu behandeln, bis die Voraussetzungen geschaffen sind, die Nichtigkeit (auch die durch Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit), der Ehe außerhalb der Nichtigkeits- (Anfechtungs-) Klage geltend zu machen (vgl. 1329. 1343 Abs. 2); erst dann können die besonderen Sätze über die Kinder aus Putativehen zur Anwendung kommen.

---

speciell l. 1 § 6 D. 25, 3. Dagegen ist noch eine besondere Vorschrift zu Gunsten der Erben des Mannes gegeben: sie können verlangen, daß die Wittwe, welche schwanger zu sein behauptet, sich untersuchen lasse (r. R.: durch Frauen, aber „dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat“!) und sich bei der Geburt einer genau vorgeschriebenen Beaufsichtigung unterwerfe — bei Strafe des Verlustes der missio ventris nomine für sich und der bonorum possessio Carboniana für das Kind. L. 1 § 10—15. l. 2 D. 25, 4. Glück XXXVIII S. 312—329.

[1] S. I § 56b [1—4]. § 521.

[2] S. a. a. O. Note [5]. [Mankiewicz die Voraussetzungen der Putativehe. Gött. Diss. 1895; auch Fischer Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 248 fg. bes. S. 305 fg.]

[3] L. 4. 5 D. 1, 6, pr. I. 1, 12. A. M. für das heutige R. Dernburg III § 28 zu [5], ohne Beweis.

b. Das Rechtsverhältniß zwischen den Eltern und dem Kinde bestimmt sich im Allgemeinen (vorbehaltlich 1701. 1702) so, wie wenn die Ehe geschieden und beide Gatten für schuldig erklärt wären (1700. 1635. 1636; s. ob. S. 64 fg.). Dieß modificirt sich aber durch Folgendes:

α) War dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so hat er nicht die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte (1701 S. 1). Dieß gilt auch in Ansehung des Erbrechts. Im genannten Falle steht die elterliche Gewalt der Mutter zu (1701 S. 2); vorausgesetzt ist dabei, daß diese gutgläubig ist; denn sonst wäre das Kind unehelich.

β) War der Mutter die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so hat sie in Ansehung des Kindes nur diejenigen Rechte, welche im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen (1702 Abs. 1. 1635. 1636); der Vater hat somit die Rechte des unschuldig geschiedenen Mannes. Stirbt im genannten Falle der Vater oder endigt seine elterliche Gewalt aus anderem Grunde, so hat die Mutter nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen ausschließlich des Vertretungsrechtes. Das Kind erhält einen Vormund (1773), welcher neben der Mutter, soweit deren Fürsorgerecht reicht, wie ein Beistand steht (1702 Abs. 2). Das Gleiche gilt im Allgemeinen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht. Nur wenn sie wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Vaters oder deßwegen ruht, weil Gebrechlichkeitspflegschaft für ihn besteht, hat die Mutter jene Stellung nicht, weil hier der Vater selbst die Sorge für die Person des Kindes (ausschließlich des Vertretungsrechts) neben dem Vormund behält (1702 Abs. 3, vgl. 1676 Abs. 2).

c. Wenn das Kind wegen Bösgläubigkeit beider Gatten als unehelich gilt, so hat es dem Vater gegenüber, solange dieser lebt, doch Unterhaltsrecht, wie ein eheliches Kind, und der Vater hat dabei nicht das sonst den unverheiratheten Kindern gegenüber bestehende freie Bestimmungsrecht in Bezug auf Art und Abschnitte der Unterhaltsleistung (1703. 1612 Abs. 2). Stirbt der Vater, so behält das Kind nur die Rechte eines unehelichen Kindes (vgl. 1712).

2. Uneheliche Kinder haben, wie im gemeinen Recht, zu ihrer Mutter und zu deren Verwandten dieselbe Stellung wie eheliche (1705). — Namen: s. 1706. — Die elterliche Gewalt hat die Mutter nicht; sie hat nur Recht und Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, ausschließlich des Vertretungsrechts. Das Kind erhält einen Vormund (1773), der, so weit das mütterliche Fürsorgerecht reicht, die Stellung eines Beistandes hat (1707).

Im Gegensatz zum gemeinen Recht trägt das BGB. kein Bedenken, vom Vater des unehelichen Kindes zu sprechen; mit demselben (und seinen Verwandten) ist das Kind aber nicht verwandt (1589 Abs. 2, s. jedoch 1310 Abs. 3) Unterhaltsrecht s. 1708 fg.; dazu II S. 1009 fg.

3. Zu Abs. 2 der Textes ist zu sagen: da nur minderjährige Männer unter elterlicher Gewalt stehen, ein minderjähriger Mann aber nicht heirathen darf, obwohl er es kann, so kann der Fall, daß der unter elterlicher Gewalt Stehende selbst eheliche Kinder hat, nur unter sehr besonderen Umständen vorkommen; eine Heirath auf falschen Geburtsschein des Mannes ist nicht nichtig, und, Einwilligung des

Vaters als des gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt, auch nicht anfechtbar (vgl. 1331). Sollte jemals etwas derartiges sich ereignen, so würde die elterliche Gewalt des Großvaters wohl anzuerkennen sein.]

B. Durch Legitimation*.

§ 522.

Die Legitimation ist ein Mittel, durch welches der Erzeuger eines unehelichen Kindes[1] demselben die rechtliche Stellung eines ehelichen verschaffen kann. Die Legitimation kann erfolgen[2]:

1) durch Eingehung der Ehe mit der Mutter[3], vor oder nach

* Glück II S. 279—338, Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 17 fg., Stobbe IV § 257, Roth II § 153. [Opet Verwandtschaftsr. § 7, Spahn Verwandtschaft und Vormundsch. § 4.]

[1] Ueber die Streitfrage, ob nach r. Recht die Legitimation bloß bei Concubinenkindern zulässig gewesen sei, oder auch bei anderen unehelichen Kindern, s. Schneider ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XII S. 336—369, Vangerow § 254 Anm. Es ist schwer zu begreifen, wie diese Frage dem Hauptgesetz in unserer Lehre, der Nov. 89, gegenüber nur hat aufgeworfen werden können. In diesem Gesetz ist mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, daß die leg. per oblationem curiae bei allen unehelichen Kindern zulässig sein solle (c. 1 pr. c. 2 sqq.), dagegen die leg. per subsequens matrimonium und die sich daran anschließende leg. per rescriptum principis nur bei Concubinenkindern (c. 8—10). Für das heutige R. ist diese Beschränkung durch den Wegfall des Concubinats als Rsinstituts und durch c. 1. 6. 13 X. 4, 17 beseitigt. § 522.

[2] Außer den im Folgenden genannten Legitimationsarten kannte das r. R. noch eine legitimatio per oblationem curiae, Nov. 89 c. 2—4. S. über dieselbe Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I. 2. § 219 [20 fg.] und die daselbst Citirten, Schirmer röm. Erbr. I. § 12 [7]. Ueber die s. g. legitimatio per nuncupationem s. Note [7].

[3] L. 10. 11 C. 5, 27, Nov. 74 pr., Nov. 89 c. 8. Wolf die legitimatio per subsequens matrimonium nach Justinianischem R. 1881. — Ueber § 13 i. f. I. 1, 10, welche Stelle jedenfalls keinerlei sachliche Schwierigkeit zu erregen im Stande ist, s. Vangerow § 255 Anm. 3. Wolf S. 14 fg. — Das r. R. verlangt für die Ehe dotalia instrumenta; heutzutage genügt die nach heutigem R. vorgeschriebene Form der Ehe. Glück S. 301 fg., Wolf S. 55 fg., Sf. XXVIII. 36. — Daß durch nachfolgende Ehe auch Kinder legitimirt werden können, welche durch Ehebruch geboren sind, ist nicht allgemein anerkannt. Der Zweifelsgrund liegt in c. 6 X. 4, 17, welche Stelle sich aber daraus erklärt, daß nach dem Re ihrer Zeit die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten war. S. namentlich Dieck Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe S. 143 fg., auch Vangerow § 255 Anm. 2, Wolf S. 50 fg. [RG. XXX S. 144 fg.] Doch sind Andere in Betreff der genannten Stelle anderer Meinung, und so namentlich auch Richter Kirchenr. § 284 a. E. Sf. I. 352. V. 188, XIII. 43, XV. 227, XVIII. 261, XXII. 245, XXV. 137. — Ueber die sehr willkürliche Meinung, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehe zwischen den Eltern nicht zur Zeit der Zeugung möglich war, s. Thibaut Versuche I Nr. 10, Vangerow § 255 Anm. 1, Wolf S. 37 fg. [[Putativehe: Sf. XLVI. 102]]

der Geburt des Kindes[3a]. Die Legitimation tritt ein durch die Eheschließung als solche, Zustimmung des Kindes vorausgesetzt[3b]. Anerkennung des Kindes durch den Ehemann ist nur erforderlich im Sinne eines Beweismittels für die Thatsache der Erzeugung[3c]; daher auch stillschweigende Anerkennung[3d], und Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen[3e].

[Auch nach BGB. erhält das uneheliche Kind durch Eheschließung zwischen Vater und Mutter die volle Stellung des ehelichen Kindes (1719). Die Zustimmung des Kindes (zu [3b]) ist nicht nöthig. Die Eheschließung legitimirt nur, wenn der Ehemann als Vater des Kindes gilt. Dieß ist der Fall, wenn er innerhalb der Empfängnißzeit (181. bis 302. Tag vor der Geburt) der Mutter erweislich beigewohnt hat. Beweis der Beiwohnung Anderer ist bedeutungslos. Nur dann gilt der Mann nicht als Vater, wenn es den Umständen nach erweislich offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus der erwiesenen Beiwohnung empfangen hat. (1720 Abs. 1). Erkennt der Mann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde an, so wird vermuthet, daß er der Mutter innerhalb der Empfängnißzeit beigewohnt hat (1720 Abs. 2), Gegenbeweis vorbehalten. Wird dem Anerkenntniß gegenüber nicht der Beweis geführt, daß der Mann der Frau in jener Zeit nicht beigewohnt hat, so ist an sich der Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Empfängniß nicht ausgeschlossen, aber wesentlich erschwert, da er darauf zu richten wäre, daß jede denkbare Beiwohnung des Mannes innerhalb jener Zeit die Empfängniß nicht hätte herbeiführen können. Ist die Ehe zwischen Vater und Mutter nichtig, so

[vgl. RG. XXX S. 144 fg. Hinrichsen die Legitimation durch nachfolgende Ehe im internationalen Privatr. Gött. Diss. 1894. Vogels zur gemeinrlichen Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Erl. Diss. (1897). Rückhoven die r.-rlichen Grundsätze der legitimatio per subsequens matrimonium und ihre Anwendbarkeit im heutigen gem. R. und im BGB. f. d. deutsche Reich. Erl. Diss. 1898.]

[3a] Vor der Geburt des Kindes: das Kind wird in oder nach der Ehe geboren, aber ist vor der Ehe concipirt. Dieser Fall ist sowohl in l. 11 C. cit., als in Nov. 89 c. 8 ausdrücklich berücksichtigt. [Koch Ist das vor der Eheschließung concipirte, in der Ehe geborene Kind ein eheliches oder legitimirtes? Bresl. Diss. 1897 (Antwort im letzteren Sinn). — Ist das Kind von einem Dritten arrogirt und erfolgt nun Legitimation, so bleibt doch die väterliche Gewalt dem Adoptiv-Vater: RG. XXXIII S. 196 fg. = Sf. L. 25].

[3b] Nov. 89 c. 11. C. 6 X. 4, 17 hat das r. R. nicht abändern, sondern wiederholen wollen. Wolff S. 64 fg. Sf. XI. 50, XXIV. 124. Vgl. Dernburg III § 29 [8]. [Gegen das Erforderniß der Einwilligung des Kindes nach c. R.: Sf. XLIX. 255.]

[3c] Auf die Möglichkeit anderweitigen Beweises verweist Sf. XXXVI. 174. [XLIX. 255, LI. 35]. Wolf S. 92 fg.

[3d] Sf. XI. 10, XXI. 200, XXIV. 242.

[3e] Sf. XXII. 287, XXXVI. 174, XL. 175. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 155. RG. XXII S. 223. [Sf. LI. 35]. — Anerkennung vor der Geburt: Sf. XXII. 288.

kommen die Vorschriften über die Kinder aus nichtigen Ehen zur Anwendung (1721). Die Legitimation wirkt schlechthin auch für die Descendenten des Kindes, selbst wenn die Ehe erst nach dem Tode des Kindes geschlossen wird (1722).]

2. Hat der Vater keine ehelichen Kinder, so kann die Legitimation durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescripts erfolgen[4], Zustimmung des Kindes ist auch in diesem Fall erforderlich[5]. Hat der Vater in seinem Testament erklärt, das Kind solle ehelich und sein Erbe sein, so kann auch das Kind selbst nach dem Tode des Vaters ein solches Rescript erwirken[6].

Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen[7].

[Das BGB. kennt Ehelichkeitserklärung durch Verfügung der Staatsgewalt (1723) unter folgenden Voraussetzungen:

a) Es bedarf eines gerichtlich oder notariell beurkundeten (1730), höchst persönlichen (1728 Abs. 1) Antrages des Vaters (1723 Abs. 1) mit Erklärung der Anerkennung des Kindes (1725). Ist der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters

---

[4] Nov. 74 pr. c. 1. 2, Nov. 89 c. 9. Diese Legitimationsart ist auf den Fall berechnet, daß die Ehe mit der Mutter dem Manne nicht möglich oder nicht zuzumuthen ist. Daß sie Abwesenheit ehelicher Kinder voraussetze, ist in den genannten Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Wie aber, wenn der Landesherr sich über dieses Erforderniß hinwegsetzt? Für die Gültigkeit einer solchen Legitimation sind Glück S. 311. 317 fg., Puchta § 440, Arndts § 421 [3], Vangerow § 256 Anm. 1, Sintenis III § 138 [51], Schirmer r. Erbr. I § 12 [5], Roth II § 153 [14. 15]. Aber diese Meinung ist m. E. nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der Landesherr unbeschränktes Gesetzgebungsr. hat, so auch Stobbe IV § 257 [40]. — Zulässigkeit dieser Legitimation bei adulterini: Sf. III. 65, XIII. 42, XIV. 239. — S. noch Sf. XXI. 241 (keine rückwirkende Kraft). — Ueber die s. g. legitimatio minus plena, durch welche bloß das Makel unehelicher Geburt weggenommen werden soll, s. Glück S. 284—285. 321—323, Stobbe I § 48 [59. 60]. [S. auch Bigeon de la légitimation par acte du souverain. Th. de Paris 1897 (historisch-vergleichend, legislativ-kritisch.]

[5] Nov. 89 c. 11.

[6] Nov. 74 c. 2, Nov. 89 c. 10; s. g. legitimatio per testamentum. Dieselbe ist aber nicht mehr ein Mittel zur Begründung von elterlichen und Kindesren, sondern ein Mittel zur Begründung von Erbr. Vgl. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. I S. 78—93; dazu aber auch Vangerow § 256 Anm. 2, Sintenis Anm. [49].

[7] Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine s. g. legitimatio per nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden in der Ehe erzeugt sei, und sie behandelt diese Erklärung nicht als Disposition, sondern als Zeugniß (testimonium, μαρτυρία), weßwegen sie auch die zu Gunsten Eines Kindes abgegebene Erklärung allen Kindern zu Gute kommen läßt, und hinzufügt, daß durch die Erklärung zu Gunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. Sf. V. 189, XL. 175. A. M.

und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1729 Abs. 1). Für den geschäftsunfähigen Vater kann der gesetzliche Vertreter den Antrag nicht stellen (1728 kennt eine Ausnahme in dieser Richtung nicht).

b) Wegen des Eingriffs, den die Ehelichkeitserklärung in die Rechtsstellung des Kindes macht — Begründung der elterlichen Gewalt, Erbrecht des Vaters — ist weiter erforderlich die gerichtlich oder notariell beurkundete (1730) Einwilligung des Kindes (1726 Abs. 1). Auch diese Erklärung ist höchstpersönlich (1728 Abs. 1), kann aber, wenn das Kind geschäftsunfähig ist, oder nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, von dem gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ertheilt werden (1728 Abs. 2). Ist das Kind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf es der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1729 Abs. 2 vgl. Abs. 1). Die Einwilligungserklärung muß der Ehelichkeitserklärung (nicht dem Antrage des Vaters) vorhergehen (183), sie ist dem Vater oder der Behörde gegenüber abzugeben, bei welcher der Antrag einzureichen ist; sie ist in Abweichung von § 183 unwiderruflich (1726 Abs. 2).

c. Wegen der Zurückdrängung der Stellung der Mutter durch die Begründung der Rechte des ehelichen Vaters ist nöthig die Einwilligung der Mutter des Kindes, wenn dasselbe nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat (1726 Abs. 1). Von dieser Erklärung gilt das Gleiche, wie von der Erklärung des Kindes (1726 Abs. 2. 1728 Abs. 1. 1730), nur bedarf die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Mutter keiner Zustimmung (1729 Abs. 3); andererseits kann nicht für die geschäftsunfähige Mutter deren gesetzlicher Vertreter die Erklärung abgeben; dieselbe ist aber nicht erforderlich, wenn die Mutter zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist (1726 Abs. 3). Verweigert die Mutter die Einwilligung, so kann sie auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung dem Kinde zu unverhältnißmäßigem Nachtheil gereichen würde (1727).

d. Die Einwilligung der Ehefrau, wenn der Vater verheirathet ist (1726 Abs. 1 S. 2). Von dieser Erklärung gilt alles, was von der Einwilligung der Mutter des Kindes gilt (1726 Abs. 2. 3. 1728. 1729 Abs. 3. 1730): nur kann sie nicht vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden.

e. Anfechtung und Bestätigung anfechtbarer Erklärungen s. 1731.

f. Unzulässig ist die Ehelichkeitserklärung, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern verboten war, weil sie in gerader Linie verwandt, voll- oder halbbürtige Geschwister oder in gerader Linie verschwägert waren (1732. 1310 Abs. 1). Die Worte „zur Zeit der Erzeugung" können sich nur auf den Fall der Verschwägerung beziehen. Denn eine wahre Blutsverwandtschaft kann nicht nachträglich eintreten. Ist die Mutter des Kindes selbst uneheliche Tochter des Vaters des Kindes, so gelten in Ansehung des Ehehindernisses des § 1310 Abs. 1 zufolge Abs. 3 das. beide als verwandt, ohne daß

---

noch jetzt, jedoch nicht für das heutige R., Schirmer röm. Erbr. I § 12 [6]. Ohne Berufung auf Nov. 117 c. 2 nimmt für die Anerkennung eines unehelichen Kindes eine constitutive Wirkung in Anspruch Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184; anders Bähr Anerkennung § 49 zu [8 fg.]. S. auch § 422a a. E.

es der Legitimation der Tochter bedarf. Da § 1310 Abs. 3 den § 1310 Abs. 1 nur erläutert, so ist anzunehmen, daß nach § 1732 die Legitimation des vom Vater mit seiner unehelichen Tochter gezeugten Kindes auch dann unmöglich ist, wenn die Tochter zur Zeit der Zeugung des Kindes nicht legitimirt war. Wenn von den Eltern des Kindes ein Theil den andern zur Zeit der Zeugung an Kindesstatt angenommen hatte, so ist die Ehelichkeitserklärung nicht unzulässig, da hier nicht das Ehehinderniß des § 1310 Abs. 1, sondern dasjenige des § 1311 vorliegt.

g. Nach dem Tode des Kindes kann die Ehelichkeitserklärung nicht erfolgen (1733 Abs. 1), anders als die Legitimation durch nachfolgende Ehe (1722).

h. Nach dem Tode des Vaters ist die Ehelichkeitserklärung nur dann zulässig, wenn der Antrag vom Vater bei der zuständigen Behörde eingereicht, oder wenn er wenigstens gerichtlich oder notariell beurkundet war, und der Vater das Gericht oder den Notar gleichzeitig oder nachher mit der Einreichung betraut hatte (1733 Abs. 2); die sonst erforderlichen Erklärungen können dann auch nach dem Tode des Vaters erfolgen, aber natürlich nur noch an die Behörde, bei welcher der Antrag einzureichen ist.

i. Die Ehelichkeitserklärung kann versagt werden, auch wenn alle ihre gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind (1734).

k. Die Ehelichkeitserklärung wirkt, auch wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist, oder wenn mit Unrecht das Vorliegen der Thatsachen angenommen wurde, auf deren Grund nach § 1726 Abs. 3 die Einwilligung der Mutter des Kindes oder der Frau des Vaters überflüssig ist (1735). Sonst aber wirkt die Ehelichkeitserklärung in Ermangelung einer ihrer reichsrechtlich normirten Voraussetzungen nicht.

2. Wirkungen.

a. Die Ehelichkeitserklärung verschafft dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Antragstellers (1736); sie wirkt auch in Betreff der Abkömmlinge des Kindes, nicht aber — anders als die Legitimation durch nachfolgende Ehe — in Bezug auf die Verwandten des Vaters. Sie begründet keine Verschwägerung zwischen dem Kinde und der Frau des Vaters oder zwischen diesem und dem Ehegatten des Kindes (1737). Will der Vater eine Ehe eingehen, während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so treten dieselben Vorschriften ein, wie wenn der wirklich eheliche Vater eine neue Ehe eingehen will (1740).

b. Die Rechtsverhältnisse, die sich aus der Verwandtschaft des Kindes mit seinen Verwandten ergeben, bleiben unberührt, sofern nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt (1737 Abs. 2). Das letztere ist der Fall in den §§ 1738. 1739. Die Mutter des Kindes verliert das der unehelichen Mutter eingeräumte Fürsorgerecht und wird von der entsprechenden Pflicht frei (1738 S. 1; vgl. 1707). Die Unterhaltspflicht der Mutter und der mütterlichen Verwandten tritt hinter diejenige des Vaters zurück (1739). Kommt die Mutter in der Unterhaltspflicht an die Reihe (vgl. 1603. 1607), so erhält sie auch Recht und Pflicht der Fürsorge für die Person des Kindes wieder, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder ruht, ausgenommen diejenigen Fälle des Ruhens, in denen dem Vater selbst das Recht der Sorge für die Person nach

1676 Abs. 2 verbleibt (1738 S. 2). — S. auch 1305 Abs. 1 S. 3. — Andere Berührungen der Verwandtschaftsrechte ergeben sich im Erbrecht. Der Vater hat Erbrecht auf Grund der Ehelichkeitserklärung neben der Mutter.

c. Wenn die Ehelichkeitserklärung erfolgt auf Antrag eines Mannes, der nicht der uneheliche Vater ist, so hat das Kind seine Rechte gegen den wirklichen unehelichen Vater verloren. Dieß geht hervor aus § 1735 in Verbindung mit dem Stillschweigen des § 1737 Abs. 2 über diesen Punkt, und entspricht der Erwägung, daß das Kind nicht neben einem ehelichen noch einen unehelichen Vater haben kann.

3. Die Anerkennung des Kindes macht dasselbe auch nach BGB. nicht zum ehelichen. Sie schließt aber die Anfechtung der Ehelichkeit eines während der Ehe geborenen Kindes aus (1598).]

C. Durch Adoption*.

1. Begriff und Erfordernisse.

§ 523.

Adoption ist Annahme an Kindes Statt[1]. Die Adoption eines Menschen, welcher nicht unter väterlicher Gewalt steht, heißt speciell Arrogation[2].

1. Die Arrogation geschieht durch landesherrliches Rescript[3], die Adoption im engeren Sinne durch Rechtsgeschäft zwischen dem Inhaber der väterlichen Gewalt und dem Adoptivvater, welches

---

* Inst. 1, 11 de adoptionibus. Dig. 1, 7 de adoptionibus *cett.* Cod. 8, 47 [48] de adoptionibus. — Schmitt die Lehre von der Adoption (1825). Glück II S. 339—391; Sintenis III § 139. Stobbe IV § 258. Roth II § 154. 155. [Geschichtlich: s. Desserteaux étude sur les effets de l'adrogation. Dijon 1892 dazu Audibert Nouv. Revue hist de droit fr. et étr. XVII p. 363 s. 1893. — v. Scheurl die Annahme an Kindesstatt nach dem BGB. Erl. Diss. 1897. Opet Verwandtschaftsr. § 8, Spahn Verwandtsch. u. Vormundschaft § 5.]

§ 523. [1] Nach ihrer ursprünglichen Bedeutung im r. R. ist die Adoption nicht ein Mittel zur Begründung des Kindesverhältnisses schlechthin, sondern ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt. Das spätere r. R. kennt aber Fälle, in denen durch die Adoption Kindesverhältniß ohne väterliche Gewalt begründet wird. Andererseits kann auch noch nach neuestem r. R. Jemand, welcher bereits Kind ist, zum Zweck der Begründung der väterlichen Gewalt adoptirt werden, l. 12. 41 D. 1, 7. Aus diesen Gründen läßt sich eine erschöpfend richtige Definition der Adoption ohne große Weitläufigkeit nicht geben. — Der Ausdruck: Annahme an Kindes Statt ist im weiteren Sinne zu verstehen; es kann Jemand auch als Enkel adoptirt werden. L. 6. 10. 11. 37. 43. 44 D. 1, 7, l. 23 § 1 D. 28, 2. — Die Adoption ist heutzutage seltener als bei den Römern; aber sie ist nicht unpraktisch. Vgl. Glück S. 389 fg., Kraut Vormundsch. II S. 642.

[2] L. 1 § 1 D. 1, 7.

[3] § 1 I. 1, 11, l. 2 pr. D. 1, 7, l. 2. 6. 8 C. 8, 47 [48]. Aelteres R.: Gai. I, 98. 99. Nachträgliche Genehmigung: L. Seuffert Ratihabition S. 96. 97.

Rechtsgeschäft in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden muß[4]. Bei der Arrogation ist ausdrückliche Zustimmung des Kindes bez. seines Vormundes erforderlich; bei der Adoption im engeren Sinne genügt Nichtwiderspruch[5].

2. Die materiellen Erfordernisse der Adoption sind folgende[6].

a) Adoptiren können regelmäßig nur Männer; bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben; es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Rescriptes[7]. Adoptiren kann ferner Niemand, der seinerseits unter väterlicher Gewalt steht[8]. Sodann muß der Adoptirende um mindestens 18 Jahre älter, als der zu Adoptirende[9], und darf nicht Castrat sein[10].

b) Nicht adoptirt werden können uneheliche Kinder durch den Erzeuger[11].

c) Die Adoption kann nicht auf Zeit geschehen[12], und kann nicht wiederholt werden[13].

d) Die Arrogation[13a] speciell wird, abgesehen von besonderen Umständen, nicht bewilligt, wenn derjenige, welcher arrogiren will, eigene Kinder hat[14], oder noch in der Lage ist, sich eigene Kinder

[4] L. 11 C. 8, 47 [48]. Erklärung des Willens durch einen Andern ist unzuläßig, l. 25 § 1 D. 1, 7. Vgl. noch Sintenis Anm. [21]. — Aelteres R.: Gai. I, 134. Vgl. Vangerow § 251 Anm.

[5] L. 5. 8. 42 D. 1, 7, l. 11 C. 8, 47 [48], l. 5 C. 5, 59. [Keine gültige Acceptation nach dem Tode des Arroganten: Sf. LII. 243 (RG.) Zustimmung der Mutter nicht erforderlich: Sf. L. 25 (RG.).]

[6] Vgl. v. Buchholtz Abhandlungen Nr. 15, Vangerow § 249 Anm. 1.

[7] L. 5 C. 8, 47 [48], § 10 I. 1, 11. L. 29 § 3 D. 5, 2 ist interpolirt. Vgl. überhaupt Lang ACPra. XXI S. 451—454.

[8] Es kann aber mit seiner Zustimmung durch seinen Vater 2c. ein Kind adoptirt werden, § 7 I. 1, 11, l. 6. 10. 11 D. 1, 7.

[9] § 4 I. 1, 11, l. 40 § 1 D. 1, 7. Als Grund wird angegeben, daß „adoptio . . naturam imitatur“. S. auch l. 16 D. 1, 7. Dieß ist aber kein durchgreifendes Princip, l. 2 § 1. l. 30. l. 37. l. 40 § 2 D. 1, 7.

[10] § 9 I. 1, 11. Andere Zeugungsunfähige sind nicht ausgeschlossen, l. 2 § 1. l. 30. l. 37. l. 40 § 2 D. 1, 7. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1.

[11] Nov. 74 c. 3, Nov. 89 c. 7. 11 § 2. Vangerow Nr. 5, Sintenis Anm. 18. [Sf. XLVII. 276.] A. M. Roth § 154 [16], Dernburg III § 30 [12], Sf. XIX. 159, XXVI. 137. Vgl. RG. VI S. 171. [RG. behandelt dort stillschweigend die Arrogation des unehelichen Kindes als gültig. Ausdrücklich so: RG. XXXVII S. 196.]

[12] L. 34 D. 1, 7: — „nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere“.

[13] L. 37 § 1 D. 1, 7. Vgl. l. 12. l. 41 eod., l. 23 pr. D. 28, 2.

zu erzeugen[15]; außerdem wird es nicht gestattet, mehr als Einen zu arrogiren[16]. Vor Allem aber wird darauf gesehen, ob nicht die Interessen des zu Arrogirenden unter der Arrogation leiden, und mit besonderer Sorgfalt wird diese Untersuchung gepflogen, wenn es sich um Arrogation eines Unmündigen handelt[17, 18]

[Das BGB. hat den allgemeinen Begriff der „Annahme an Kindesstatt“. Annahme an Enkelsstatt u. s. w. ist nur insofern möglich, als bei Annahme an Kindesstatt die schon vorhandenen Abkömmlinge des Kindes mit angenommen werden können (1762 S. 2). Die Bedingungen der Annahme an Kindesstatt sind einheitlich, mag der Adoptirende ein Mann oder eine Frau sein.

1. Es bedarf eines Vertrages zwischen Annehmendem und Anzunehmendem und der Bestätigung desselben durch das Gericht (1741). Der Vertrag und folgeweise die Bestätigung müssen unbedingt und unbefristet erfolgen (1742). Unzulässig sind sowohl Anfangstermin und aufschiebende Bedingung wie Endtermin und auflösende Bedingung (vgl. zu [12]). Der Vertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor Gericht oder Notar geschlossen werden (1750 Abs. 2), Vertretung ist ausgeschlossen (1750 Abs. 1 S. 1; vgl. [4]), mit einer Ausnahme (1750 Abs. 1 S. 2; s. unt. 3, b).

2. Erforderlich ist auf Seiten des Annehmenden:

a) Er darf keine ehelichen Abkömmlinge haben (1741 S. 1; vgl. zu [14]); zu den ehelichen gehören auch die legitimirten oder aus Putativehe entsprossenen als ehelich geltenden Kinder; nur das Vorhandensein eines angenommenen Kindes schließt eine weitere Annahme nicht aus (1743; entgegen dem zu [16] Bemerkten).

b) Der Annehmende muß mindestens 50 Jahre alt sein (1744); hiervon können Volljährige durch Staatsact befreit werden (1745).

c) Der Annehmende muß mindestens 18 Jahre älter sein als das Kind (1744; vgl. zu [9]). Hiervon kann der Annehmende durch Staatsact befreit werden (1745).

[13a] Gegen die Ausdehnung der im Folgenden genannten Bestimmungen auf die Adoption im engeren Sinne s. Vangerow § 249 Anm. 1 a. E., Sintenis Anm. [24].

[14] L. 17 § 3 D. 1, 7.

[15] Als Lebensgrenze wird das 60. Jahr bezeichnet. L. 15 § 2 D. 1, 7, l. 17 § 8 eod. Sf. XXVI. 247.

[16] L. 15 § 3 D. 1, 7.

[17] Im Einzelnen wird gesehen: a) auf den Grund der Arrogation, und deßwegen wird speciell dem Vormund die Arrogation nicht vor abgelegter Vormundschaftsrechnung gestattet, § 3 I. 1, 11, l. 17 pr. § 1 vgl. l. 32 § 1 D. 1, 7; b) auf die Moralität desjenigen, welcher arrogiren will, sowie auf seine Vermögensverhältnisse, l. 17 § 2. 4 D. 1, 7. — Die Quellen sprechen nur vom impubes; aber es ist gewiß gerechtfertigt, ihre Bestimmungen auf den minor zu übertragen, welcher heutzutage ebenso nothwendig unter Vormundschaft steht, wie der impubes.

[18] L. 38 D. 1, 7. „Adoptio non iure facta a principe confirmari potest“. L. 39 eod. Vgl. dazu Sintenis Anm. [34].

d) Ist der Annehmende verheirathet, so bedarf er der höchstpersönlichen (1748 Abs. 2) gerichtlich oder notariell zu beurkundenden (1748 Abs. 3) Einwilligungserklärung seines Ehegatten. (1746 Abs. 1). Die Erklärung kann dem Annehmenden oder dem Kinde oder dem zur Bestätigung des Vertrages zuständigen Gericht gegenüber erfolgen; sie ist in Abweichung von § 183 unwiderruflich (1748 Abs. 1). Die Einwilligung kann bedingt oder befristet erklärt werden, wird aber eine brauchbare Grundlage für die Annahme an Kindesstatt erst dann, wenn sie unbedingt und unbefristet geworden ist, weil die Annahme ihrerseits unbedingt und unbefristet sein muß (1742). Ist der Gatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht (1748 Abs. 2 S. 2); ist er geschäftsunfähig, so kann die Erklärung nicht von seinem gesetzlichen Vertreter abgegeben werden (1748 Abs. 2 S. 1); aber es bedarf der Einwilligung überhaupt nicht, wenn der Gatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (1746 Abs. 2).

e) Ist der Annehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts (1751 Abs. 1). Ist der Annehmende geschäftsunfähig, so ist der Vertrag unmöglich (1750 Abs. 1 S. 1).

3. Auf Seiten des Anzunehmenden bestehen folgende Sätze:

a) Ist der Anzunehmende ein eheliches Kind unter 21 Jahren, so ist die Einwilligung seiner beiden Eltern oder des noch lebenden Elterntheils, ist er ein uneheliches Kind unter 21 Jahren, so ist die Einwilligung der Mutter erforderlich (1747). Für diese Erklärung gilt das Nämliche, wie für die Einwilligung des Gatten des Annehmenden (1747 S. 2. 1746 Abs. 2. 1748).

b) Ist der Anzunehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts nothwendig (1751 Abs. 2 vgl. Abs. 1). Instructionelle Vorschriften für den Fall eines bestehenden oder vergangenen Vormundschaftsverhältnisses s. 1752. Ist das Kind noch nicht 14 Jahre alt, so kann der gesetzliche Vertreter statt des Kindes mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Vertrag schließen (1750 Abs. 1 S. 2). Ist der mindestens vierzehnjährige Anzunehmende geschäftsunfähig, so ist der Vertrag unmöglich (1750 Abs. 1 S. 1).

c) Daß der Anzunehmende uneheliches Kind des annehmenden Mannes ist, steht der Annahme (entgegen dem zu [11] Gesagten) nicht im Wege. Auch die uneheliche Mutter kann ihr Kind als eheliches annehmen (Mot. IV S. 966 fg.).

3. Als gemeinschaftliches Kind kann jemand nur von einem Ehepaar angenommen werden (1749 Abs. 1). Es kann auch der von Einem angenommene später von dessen Ehegatten ebenfalls angenommen werden; von einem Dritten dagegen nicht, solange das Rechtsverhältniß aus der ersten Annahme besteht (1749 Abs. 2). Wenn es angängig erscheint, neben das fortwirkende natürliche Verhältniß des Kindes zu seinen leiblichen Verwandten (1764) ein künstliches Kindesverhältniß zu setzen, so ist es doch mißbilligt, daß neben beide Verhältnisse noch ein ferneres künstliches Kindesverhältniß treten könnte (Mot. IV S. 962). Die zweite Annahme setzt also voraus, daß entweder die erste nach § 1768 aufgehoben, oder der erste Annehmende gestorben ist. Denn zwischen seinen über-

lebenden Verwandten und dem Angenommenen besteht kein Rechtsverhältniß (1763), und wenn der Angenommene den ersten Annehmenden beerbt hat, so besteht darum doch kein Rechtsverhältniß mehr zwischen dem Angenommenen und dem Todten.

4 Anfechtung anfechtbaren Vertrages oder anfechtbarer Einwilligung: 1755.

5 Mit der Bestätigung des Annahmevertrages tritt die Annahme an Kindesstatt in Kraft; die Vertragschließenden sind aber schon vor der Bestätigung gebunden (1754 Abs. 1). Wird die Bestätigung endgültig versagt (es findet gegen die Versagung sofortige Beschwerde statt [Ges. üb. freiw. Gerichtsbk. § 68]), so verliert der Vertrag seine Kraft (1754 Abs. 2 S. 2). Die Bestätigung ist nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erforderniß der Annahme fehlt (1754 Abs. 2 S. 1); ob sie den Interessen der Betheiligten entspricht, ist nicht zu prüfen. (Anders natürlich ist dieß bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [1751]). Nach dem Tode des Kindes kann die Bestätigung nicht erfolgen (1753 Abs. 1). Nach dem Tode des Annehmenden ist sie nur zulässig, wenn der Annehmende oder das Kind — vor dem Tode des Annehmenden — den Antrag auf Bestätigung bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrages das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat (1753 Abs. 2). Die Bestätigung hat dann die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode erfolgt wäre (1753 Abs. 3). Das Kind gilt also als schon zur Zeit des Todes vorhanden und hat Erbrecht (vgl. 1923. 2043 Abs. 2). Die Wirkung der Annahme an Kindesstatt wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß bei der Bestätigung von der Einwilligung des Ehegatten des Angenommenen oder Annehmenden oder der Eltern des Angenommenen abgesehen wurde, weil mann irrig annahm, diese Einwilligung sei nicht nöthig wegen dauernder Erklärungsunfähigkeit oder dauernd unbekannten Aufenthalts (1756). Im Uebrigen aber deckt die Bestätigung die etwaigen Mängel der gesetzlichen Vorbedingungen der Annahme oder des Vertragsschlusses selbst nicht.]

2. Wirkung.

§ 524.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Adoption durch einen Mann und der Adoption durch eine Frau.

1. Die Adoption durch einen Mann hat entweder die volle Wirkung, oder sie hat die volle Wirkung nicht[1].

a) Die volle Wirkung tritt ein: bei der Arrogation immer; bei der Adoption im engeren Sinne nur dann, wenn das Kind entweder einem leiblichen Ascendenten, oder einem Fremden von seinem Großvater bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird[2].

§ 524. [1] S. g. adoptio plena — minus plena. Die adoptio minus plena ist erst durch Justinian in l. 10 C. 8, 47 [48] eingeführt worden.

[2] L. 10 C. cit., § 2 I. 1, 11. S. darüber v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11, Lang AcPra. XXI S. 419 fg., Vangerow § 250 Anm.,

b) Die volle Wirkung der Adoption besteht darin, daß das Kind zum Vater in das rechtliche Verhältniß eines von ihm Erzeugten tritt[3]. Namentlich wird dadurch auch die väterliche Gewalt mit den ihr eigenthümlichen vermögensrechtlichen Folgen begründet[4]. Doch vermag die Arrogation eines Geschlechtsunreifen für den Fall, daß derselbe vor erreichter Geschlechtsreife stirbt, sein Vermögen denjenigen Personen nicht zu entziehen, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden, und der Vater muß für die Herausgabe des Vermögens an diese Personen Sicherheit stellen[5]. — Zu den Verwandten des Adoptivvaters tritt das Adoptivkind in ein Verwandtschaftsverhältniß, soweit sie Agnaten des Vaters sind[6], jedoch nur für die Dauer der Adoption[7].

Sintenis Anm. [20]. Der im Text bezeichnete zweite Fall ist enthalten in § 4 der cit. l. 10. Stirbt der Vater ꝛc. bei Lebzeiten des Enkels ꝛc., so wird dadurch die adoptio plena zu einer minus plena. Vgl. v. Löhr S. 393. 394, Lang S. 429 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3. — Ueber die Frage, ob die Regel auch für den Fall gilt, wo der in Adoption gebende Vater selbst ein Adoptivvater ist, s. v. Löhr S. 391 [3], Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 39 [6]. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schirmer röm. Erbr. I § 11 [10].

[3] Daher nimmt das Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters an, l. 13 D. 1, 7. Jedoch: „per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur", l. 35 D. 1, 7. Vgl. Glück II S. 362. 390. [Keine gültige Adoption, die nur dem Kinde den Namen geben will: RG. XXIX S. 131 fg. Adoption verleiht nicht den Adel des Adoptivvaters: RG. XXXVIII S. 202 fg.]

[4] Pr. § 10 I. 1, 11, l. 2 § 2. l. 15 pr. D. 1, 7, tit. I. de acquis. per arrogationem 3, 10. Ueber die Behauptung, daß bei der Adoption im engeren Sinne der Adoptivvater nicht den Nießbrauch am Vermögen des Kindes erwerbe (v. Wening-Ingenheim ZS. f. CR. u. Pr. S. 345 fg., Marezoll XIII S. 172 fg. 212 fg., Sintenis III § 139 [89], Arndts § 433 [4]) s. Fuhr in Fuhr und Hoffmann civ. Versuche Nr. 2, Vangerow I § 236 Anm. 3.

[5] L. 17 § 5 — l. 22 D. 1, 7, § 3 I. 1, 11. Dieser Satz war im älteren r. R. wichtiger, als er im neueren ist, wo das Vermögen des Arrogirten nicht mehr Eigenthum der Arrogirenden, sondern peculium adventicium wird. Doch ist er auch für das heutige R. nicht ohne Bedeutung: er schließt jedes Erbr. des Arrogirenden aus und bewirkt, daß derselbe das pec. adventicium nach dem Tode des Kindes unbedingt herausgeben muß (vgl. § 525 [21]); er hält eine von dem früheren Vater für das Kind gemachte Pupillarsubstitution aufrecht; er verpflichtet endlich den Arrogirenden zu einer Sicherheitsleistung, von welcher der Vater sonst frei ist (§ 517 [4]). Die Sicherheit (Bürgschaft) wurde nach r. R. „personae publicae, h. e. tabulario" (§ 3 I. 1, 11, vgl. l. 18 D. 1, 7 und l. 3 C. 10, 72 [69], Schirmer röm. Erbr. I § 11 [18]), heutzutage wird sie dem Gericht bestellt. Vgl. noch Schirmer a. a. O. S. 203. 204, Sintenis III § 175 [7]. — Ueber den Anspruch des arrogirten impubes auf die s. g. quarta D. Pii s. § 574. 593.

[6] L. 23 D. 1, 7, l. 1 § 4 D. 38, 8, l. 4 § 10 D. 38, 10. [RG. XXXI S. 187 fg. XXXVII S. 197; nach dem letzteren Urtheil kann aber die Wirkung

c) Wo die Adoption nicht die volle Wirkung hat, erzeugt sie zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde nicht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern nur ein natürliches Kindesverhältniß, welches aber kein Notherbenrecht des Adoptivkindes gegen den Adoptivvater, und zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten des Adoptivvaters kein für das Erbrecht irgendwie in Betracht kommendes Verwandtschaftsverhältniß begründet[8].

2. Die Adoption durch eine Frau bringt das Kind in die rechtliche Stellung eines von ihr geborenen Kindes, begründet aber kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und ihren Verwandten[9].

[1. Im BGB. hat die Annahme an Kindesstatt die einheitliche Wirkung, dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden zu geben (1757 Abs. 1); bei gemeinschaftlicher Annahme durch ein Ehepaar oder bei Annahme eines (ehelichen) Kindes eines Gatten durch den anderen erhält dasselbe die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Gatten (1757 Abs. 2). Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kinde und dem Annehmenden sind also die gleichen, wie bei eheleiblichen Kindern, freilich mit gewissen Modificationen.

---

im Verhältniß zu den Verwandten des Adoptivvaters ausgeschlossen werden.] Sintenis Anm. [25] läßt das Adoptivkind in Verwandtschaft nur zu den in der Gewalt des Adoptivvaters befindlichen Descendenten desselben treten. S. dagegen Schirmer r. Erbr. I § 12 [26]. Vgl. III § 571 [6].

[7] L. 13 D. 1, 7, § 10 I. 3, 1, Gai. II, 136. Anders in Betreff der Eheverbote: l. 14 pr. § 1. l. 55 pr. D. 23, 2. Vgl. auch Schirmer röm. Erbr. I § 11 [27].

[8] L. 10 C. 8, 47 [48]. Diese Stelle steht ganz auf dem erbrlichen Standpunkt, und nur im Zusammenhang mit dem, was sie über das Erbr. bestimmt, fügt sie hinzu, daß der minus plene adoptatus nicht für den Adoptivvater, sondern für den leiblichen Vater erwerben solle, wie er ja auch in seiner Familie das volle Erbr. behalte. Daß zwischen ihm und dem Adoptivvater kein Respectsverhältniß eintreten solle, hat sie gewiß nicht bestimmen wollen, und deßwegen ist auch nicht anzunehmen, daß sie die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit habe ausschließen wollen; ebensowenig wahrscheinlich ist es, daß sie das Adoptivkind der Erziehungsgewalt des Adoptivvaters habe entziehen wollen, womit doch offenbar gegen die Intention der Parteien verstoßen werden würde. S. auch Burchardi ACPra. VIII S. 183, Sintenis III S. 127. Daß die adoptio minus plena ein Ehehinderniß in gleichem Maaße begründet, wie die adoptio plena, führt aus Lang ACPra. XXI S. 419 fg.

[9] Das Erste folgt aus l. 5 C. 8, 47 [48]: — „et eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus". Von der anderen Seite spricht das Gesetz auch nur von dem Verhältniß zwischen dem Kinde und der Adoptivmutter, und für eine ausdehnende Auslegung ist kein Anhalt vorhanden. Lang a. a. O. S. 454, Schirmer röm. Erbr. I § 11 [22].

Namen s. 1758. Das Erbrecht des Annehmenden gegenüber dem Kinde ist ausgeschlossen (1759), das Erbrecht des Kindes dagegen besteht. Der Annehmende hat, wenn das Kind minderjährig ist, die elterliche Gewalt mit deren gewöhnlichen Wirkungen, also einschließlich des Rechts der Vermögensverwaltung und Nutznießung. Dieß gilt in vollem Umfange auch zu Gunsten einer annehmenden Frau. Hat das Kind die Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes von Ehegatten, so hat die elterliche Gewalt zunächst der Vater, die Mutter erhält sie erst dann, wenn sie dieselbe auch über ein leibliches Kind erhalten würde. Der oder die Annehmende hat in Betreff der Inventarisation des Kindesvermögens im Wesentlichen dieselbe Verpflichtung mit denselben Präjudizien, welche dem leiblichen Vater nach dem Tode der Mutter obliegen (1760, vgl. 1640. 1670. 1671). Diese Verpflichtung tritt aber, auch wenn das Kind als gemeinschaftliches Kind von Ehegatten gilt, zu Lasten des Adoptivvaters sofort und nicht erst nach dem Tode der Mutter ein. Will der oder die Annehmende während Bestehens der elterlichen Gewalt eine Ehe eingehen, so gilt das Gleiche, wie wenn der leibliche Vater eine neue Ehe eingehen will (1761, vgl. 1669—1671).

Der Angenommene ist als Kind des Annehmenden diesem gegenüber unterhaltspflichtig nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Das Entsprechende gilt zu Lasten der von der Annahme betroffenen Abkömmlinge des Angenommenen (vgl. unt. 2). Daß der Unterhaltsanspruch des Annehmenden der Beschränkung auf den nothdürftigen Unterhalt unterliegt, falls er sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, wegen deren ihm der Pflichttheil entzogen werden könnte, wenn er überhaupt Erbrecht hätte, was nicht der Fall ist (1759), würde man aus § 1611 Abs. 2 wohl auch dann ableiten, wenn § 1766 Abs. 2 nicht ausdrücklich eine dahin zielende Vorschrift aufstellte. Ueber die Unterhaltspflicht des Annehmenden s. unt. 4.

2. Die Annahme wirkt auch auf die Abkömmlinge des Kindes; auf die schon zur Zeit der Annahme vorhandenen Abkömmlinge wie deren später geborene Abkömmlinge jedoch nur, wenn der Annahmevertrag auch mit ihnen geschlossen wird (1762).

3. Die Verwandten des Annehmenden berührt die Annahme nicht; sie begründet keine Verschwägerung zwischen dem Kinde und dem Gatten des Annehmenden oder zwischen dem Annehmenden und dem Gatten des Kindes (1763). Eine mittelbare Berührung der Verwandten des Annehmenden ergibt aber der Eintritt des Kindeserbrechts.

4. Die Annahme läßt die Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten unberührt, so weit nicht besondere Ausnahmen sich aus dem Gesetz ergeben (1764). Das ist der Fall in Betreff der elterlichen Gewalt, welche die leiblichen Eltern verlieren; die uneheliche Mutter verliert ebenso ihr Fürsorgerecht und wird von ihrer Fürsorgepflicht frei (1765 Abs. 1 vgl. 1707). Die Unterhaltspflicht des Annehmenden im Verhältniß zu dem Kinde und dessen von der Annahme betroffenen (1763) Abkömmlingen tritt vor diejenige der leiblichen Verwandten (1766). Daran aber, daß der Angenommene seinen Abkömmlingen gegenüber als der nähere Ascendent vor dem Annehmenden haftet (1606 Abs. 2), und ebenso daran, daß seine Abkömmlinge ihn vor seinen Ascendenten, also auch vor dem Annehmenden unterhalten müssen (1606 Abs. 1), wird nichts geändert. In der letzteren Beziehung könnte man zweifeln, weil der Wortlaut des Gesetzes die Ver-

pflichtung des Annehmenden vor diejenige aller leiblichen Verwandten des Angenommenen stellt. Die Absicht aber war nur, nach Seite der Unterhaltspflicht die entsprechende Folgerung daraus zu ziehen, daß der Angenommene in Folge der Annahme dem Annehmenden näher steht, als seinen leiblichen Verwandten, und dieß kann nur von den Ascendenten, nicht von den Abkömmlingen gelten (vgl. Mot. IV S. 993). Wenn der leibliche Vater oder die leibliche Mutter des Angenommenen in der Unterhaltspflicht an die Reihe kommen (vgl. 1603. 1607), so erhalten sie auch das Recht und die Pflicht wieder, für die Person des Kindes zu sorgen (ausschließlich des Vertretungsrechtes), vorausgesetzt, daß die elterliche Gewalt des Annehmenden endigt oder ruht; ruht sie jedoch nur wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Annehmenden oder wegen Gebrechlichkeitspflegschaft über ihn, so gilt der vorige Satz nicht, weil in diesem Falle dem Annehmenden selbst die gleiche Sorge für die Person verbleibt (1765; vgl. 1676. 1677).

5. In dem Annahmevertrage kann die elterliche Nutznießung des Annehmenden an dem Kindesvermögen ausgeschlossen werden (1767 Abs. 1), wie ja auch der leibliche Vater auf diese Nutznießung verzichten kann (1662). Das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber kann ausgeschlossen werden (1767 Abs. 1), wie ja auch auf das gesetzliche Erbrecht bei Lebzeiten des Erblassers verzichtet werden kann (2346). Im Uebrigen dagegen sind die gesetzlichen Wirkungen der Annahme absoluten Rechtes (1767 Abs. 2).

Ueber Aufhebung des durch die Annahme an Kindesstatt begründeten Verhältnisses s. unt. zu § 525.]

IV. Beendigung der elterlichen und Kindesrechte.

§ 525.

1. Die Pflicht der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät gegen die Eltern dauert fort, so lange die Eltern leben. Ebenso erstreckt sich die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit der Eltern und Kinder über das ganze Leben[1].

2. Die Erziehungsgewalt der Eltern hört auf, sobald die Kinder der Erziehung entwachsen sind[2]. Außerdem kann die Erziehungsgewalt den Eltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden[3]. Ferner verliert der Vater sie, wenn

---

§ 525. [1] Gilt dieß auch für Adoptivkinder nach aufgelöster väterlicher Gewalt? S. einerseits l. 13 D. 1, 7, andererseits l. 14 pr. l. 55 pr. D. 23, 2 und vgl. Puchta § 445 Nr. 2 a. E. Sf. IX. 303.

[2] Dieser Satz ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Sache. Vgl. Stobbe IV S. 323. S. jedoch auch Kraut Vormundsch. II S. 665.

[3] L. 1 § 3. l. 3 § 5 D. 43, 30. S. auch l. 5 D. 37, 12. Diese Stellen sprechen nur von dem Vater; aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß für die Mutter nach dem Tode oder bei sonstigem Ausschluß des Vaters das Gleiche gelten muß. S. auch l. 1 C. 5, 49. Sf. XXXVI. 203. [Verfahren vor dem

ihm die väterliche Gewalt zur Strafe genommen wird[4], die Mutter durch Wiederverheirathung[5]. Endlich hört die Erziehungsgewalt der Eltern durch Adoption des Kindes auf[6].

3. Die väterliche Gewalt nach ihrer vermögensrechtlichen Seite[7] hat folgende Beendigungsgründe[8].

a) Emancipation, d. h. Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch Willenserklärung des Vaters[9]. Die Emancipation darf nicht formlos[10], sondern muß entweder vor Gericht in Gegenwart des Kindes[11] oder durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescriptes geschehen; im letzten Falle muß das Kind, wenn es nicht noch im Kindesalter ist, seine Zustimmung hinterher vor Gericht er-

---

Vormundschaftsgerichte, nicht Klage des Kindes, wohl aber Klage der Mutter, die ihr eventuelles Erziehungsrecht geltend macht, gegen den Vater: RG. XXXIX S. 157 fg. Keine auf Unfähigkeit des Vaters zur Erziehung zu gründende Einrede des mütterlichen Großvaters gegen die Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes: Sf. XLVIII. 39 (RG.). — Wohl aber Einrede der Mutter aus ihrem Miterziehungsr., wenn der Vater das Getrenntleben der Gatten verschuldet: Sf. LIV. 228 (RG.). S. auch Sf. LIV. 230: vormundschaftsgerichtliches Entziehungsverfahren, ob daneben Proceßverfahren, bleibt dahingestellt.]

[4] S. Note [18]. Burchardi AEPra. VIII S. 270.

[5] L. 1 C. 5, 49, Nov. 22 c. 38. Doch bleibt es der Obrigkeit, welche lediglich das Beste des Kindes zur Richtschnur zu nehmen hat, unbenommen, die Mutter in der Erziehung zu erhalten. Vgl. Glück XXIV S. 206. Rudorff Vormundsch. II S. 253, Sintenis III § 140 [15].

[6] Durch die Arrogation und die adoptio plena wird das Kind einer fremden väterlichen Gewalt unterworfen, welche die Erziehungsgewalt sowohl des bisherigen Vaters als der Mutter ausschließt. Ueber adoptio minus plena und die Adoption durch eine Frau s. § 524 [8. 9]. — Die Emancipation hebt die Erziehungsgewalt des Vaters nicht auf, weil er sich durch dieselbe seiner Erziehungspflicht nicht entledigen kann.

[7] Soweit die väterliche Gewalt Erziehungsgewalt ist, gelten von ihr die Grundsätze unter Ziff. 2.

[8] Die gleichen Beendigungsgründe hat natürlich die Gewalt des Großvaters ꝛc. Nur wird durch die Beendigung der Gewalt des Großvaters ꝛc. das Kind nicht nothwendigerweise gewaltfrei. Pr. I. 1, 12, l. 5 D. 1, 6, l. 10 D. 1, 7. Vgl. Arndts § 427.

[9] Die Emancipation ist in Deutschland nicht unanwendbar, aber selten. Sie war bei den Römern berechnet auf den Fall, wo das Kind die Möglichkeit erlangt hatte, für sich selbst zu sorgen, und damit hört heutzutage die väterliche Gewalt von selbst auf. Vgl. Glück II S. 432, Kraut Vormundschaft II S. 643, Stobbe § 260 Nr. I., Roth § 170 Nr. III., Sf. III. 268.

[10] L. 3 C. 8, 48 [49]. Stillschweigende Emancipation? L. 1 C. 8, 46 [47], l. 25 D. 1, 7. Vgl. Arndts § 426 [3], Heimbach in Weiske's RLex. VIII S. 34 [164].

[11] S. g. emancipatio Iustinianea. L. 6 C. 8, 48 [49], § 6 I. 1, 12. Aelteres R.: Gai. I, 132, Ulp. X, 1.

klären[12]. In gewissen Fällen kann der Vater zur Emancipation gezwungen werden[13]. Andererseits kann er Wiederaufhebung der Emancipation begehren, wenn das Kind sich gröblich gegen ihn verfehlt[14]. Durch die freiwillige Emancipation verliert der Vater den Nießbrauch an dem bis dahin erworbenen Vermögen des Kindes nur zur Hälfte[15].

b) Hingabe des Kindes in volle Adoption[16]. Gibt der Vater sich selbst in Adoption, so geht die Gewalt über seine Kinder auf den Adoptivvater über[17].

c) Von selbst hört die väterliche Gewalt auf:

α) zur Strafe des Vaters wegen Aussetzung des Kindes und wegen Verkuppelung der Tochter[18];

---

[12] S. g. emancipatio Anastasiana. L. 5 C. 8, 48 [49]. — Im ersten Fall ([11]) liegt die Zustimmung des Kindes in seinem Nichtwiderspruch. Gegen den Willen des Kindes kann die Emancipation nicht erfolgen, Paul. sentent. II, 25 § 5. Nov. 89 c. 11 pr. Die Behauptung, daß diese Regel bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide, läßt sich aus l. 10 pr. C. 8, 47 [48], § 3 I. 1, 11, l. 132 pr. D. 45, 1, auf welche Stellen man diese Annahme gestützt hat, nicht rechtfertigen. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 17, Sintenis III § 139 [63], s. auch Puchta § 445 [b]; a. M. Vangerow I S. 480.

[13] Nämlich: a) wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt, l. 5 D. 37, 12; b) wenn er etwas angenommen hat, was ihm mit der Auflage der Emancipation zugewendet worden ist, l. 92 D. 35, 1; c) wenn der adoptirte Geschlechtsunreife nach erlangter Geschlechtsreife nachweist, daß ihm die Adoption unzuträglich sei, l. 32. 33 D. 1, 7; d) im Fall der l. 16 D. 27, 10. Vgl. überhaupt Vangerow I § 257 Anm. Nr. 1.

[14] L. un. C. 8, 49 [50].

[15] S. g. praemium emancipationis. L. 6 § 3 C. 6, 61. § 2 I. 2, 9. Vgl. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 100—200. Zweifel an der heutigen Gültigkeit des praemium emancipationis: Kraut Vormundsch. II S. 665—667. Dernburg III § 31 g. E. § 132 [4]. Vgl. Sf. XXVII. 144.

[16] § 6 I. 1, 12, § 2 I. 1, 11. Ueber die Behauptung, daß der Nießbrauch an dem zur Zeit der Adoption vorhandenen Vermögen dem leiblichen Vater verbleibe, s. § 524 [4].

[17] L. 2 § 2. l. 15 pr. l. 40 pr. D. 1, 7.

[18] L. 2 C. 8, 51 [52] (c. un. X. 5, 11); l. 6 C. 11, 41 (l. 12 C. 1, 4). A. M. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 16; vgl. Sintenis § 143 [8]. Das RStGB. kennt zwar diese Strafe der bezeichneten Delicte nicht, doch ist der Verlust der vermögensrlichen Vortheile der väterlichen Gewalt kaum als eigentliche Strafe zu fassen, sondern es gehört dieser Verlust eher zu den Nachtheilen, bei welchen es sich darum handelt, „die Consequenzen aus der Natur und namentlich aus der begrifflichen Gegenseitigkeit der rlich anerkannten Familienverhältnisse zu ziehen, d. h. demjenigen Familiengliede . ., das in wichtigen Punkten die durch die Familienstellung auferlegten Pflichten einem andern Familiengliede gegenüber außer Acht läßt, auch die rlichen Vortheile derselben im Verhältniß zu solchen zu entziehen“. Mandry § 22 zu [19]. Dieser Gesichtspunkt fällt weg bei

β) wenn der Sohn die bischöfliche Würde erlangt[19];

γ) nach heutigem Recht dadurch, daß das Kind im Stande ist, sich selbst zu erhalten, und in Folge davon sich von dem Haushalt des Vaters absondert; bei der Tochter auch durch ihre Verheirathung[20].

dem dritten Delicte, in Folge dessen das r. R. Verlust der väterlichen Gewalt eintreten läßt, Eingehung einer blutschänderischen Verbindung, Nov. 12 c. 2. Mandry § 22 zu [10]. A. M. Binding Handb. des Strafr. I § 70 [17], Dernburg III § 31[6].

[19] Nov. 81 c. 3. Die sonstigen Würden, welchen das r. R. die gleiche Bedeutung beilegt (l. 5 C. 12, 3, Nov. 81 pr. c. 1, vgl. l. 66 C. 10, 32 [31]) kommen heutzutage nicht mehr vor. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 201—203.

[20] Früher sprach man in diesem Falle von einer emancipatio tacita, oder Germanica, oder Saxonica. S. über dieses Institut Kraut Vormundschaft II S. 644—667, dessen Darstellung fast wörtlich wiederholt ist von Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 70—82, ferner Zimmermann ACPra. L S. 158 fg. (1867). Stobbe IV § 260 Nr. II, Roth II § 170 Nr. IV. — Besondere Fragen: 1) Hört die väterliche Gewalt auch dadurch auf, daß das Kind sich zwar von dem Haushalt der Eltern trennt, aber für sich keine besondere Wirthschaft begründet, sondern z. B. als Dienstbote, Handwerksgeselle, Handlungsgehülfe rc. sich seinen Unterhalt erwirbt? Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen, und daher der Ausdruck, welchen man der Regel gewöhnlich gibt: die väterliche Gewalt höre auf durch Begründung einer separata oeconomia, zu enge. Doch muß sowohl die Trennungsabsicht des Kindes, als die von ihm gewonnene selbständige Stellung keine bloß vorübergehende sein, obgleich andererseits einzelne zur Erleichterung gewährte Zuschüsse des Vaters nicht schaden. Kraut S. 657, Zimmermann S. 169—178, Stobbe S. 3 Nr. 2, Sf. III. 269 Nr. 1 und 3, III. 339, XI. 51, XII. 168, XVII. 267, XXVI. 138, XL. 119. Bl. für RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 346 fg. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 52. Mecklenb. ZS. f. RPfl. u. RW. IV S. 327 fg. IX S. 222 fg. (= Sf. XLVI 31.) 2) Hört die väterliche Gewalt auch bei der Tochter dadurch auf, daß sie auf Grund eigener Subsistenzmittel sich von dem väterlichen Haushalt trennt? Es ist kein Grund vorhanden, diese Frage zu verneinen. Kraut S. 658 fg., Zimmermann S. 176—177. Stobbe Nr. 4, Roth Note [18], Sf. III. 269 Nr. 4. 3) Wird die Tochter durch die Verheirathung als solche von der väterlichen Gewalt frei, oder nur dann, wenn mit derselben Anlegung eines besonderen Haushaltes verbunden ist? Für die erstere Meinung mit der Mehrzahl der Juristen Kraut S. 600 fg., Zimmermann S. 178—179, Stobbe S. 397, Roth Note [26], Appelius APraktRW. N. F. XII S. 76 fg., Sf. XXIX. 148; für die letztere Sf. III. 270. 4) Wird auch der Sohn durch bloße Verheirathung von der väterlichen Gewalt frei? Dafür Zimmermann S. 179 fg., Roth Note [26]; dagegen Stobbe S. 398, Stölzel väterliche Gewalt § 5 [12]. 5) Bedarf das Kind zur Trennung von dem elterlichen Haushalt eines bestimmten Alters oder der Zustimmung des Vaters? S. über diese Frage Kraut S. 649 fg. 654 fg. Zimmermann S. 156 fg., 177 fg., Stobbe Nr. 1, Roth Note [16, 17]. Sf. III. 269 Nr. 2, XVI. 58. 6) Kann der Vater auch bei dieser Beendigung der väterlichen Gewalt das praemium emancipationis zurückbehalten? Die Verneinung dieser Frage ist unzweifelhaft. Kraut S. 666. Sf. XXVII. 144.

δ) Daß die väterliche Gewalt auch durch den Tod des Vaters aufhört, versteht sich von selbst. Dagegen wird durch den Tod des Kindes der Nießbrauch des Vaters am Vermögen desselben nur dann aufgehoben, wenn der Vater dieses Vermögen ganz oder theilweise erbt[21].

[I. Im BGB. sind auseinanderzuhalten das Ruhen und das Endigen der elterlichen Gewalt des Vaters; ferner ist zu beachten, daß jede einzelne Function der elterlichen Gewalt ihre eigenen Schicksale haben kann.

1. Die elterliche Gewalt des Vaters ruht:

a) wenn er geschäftsunfähig ist (1676 Abs. 1);

b) wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, oder einen Gebrechlichkeitspfleger für Person und Vermögen erhalten hat (1676 Abs. 2);

c) wenn von dem Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert ist, und zwar ruht die elterliche Gewalt dann solange, bis das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der Grund nicht mehr besteht (1677).

d) Während des Ruhens der elterlichen Gewalt kann sie der Vater in allen ihren Functionen nicht ausüben, die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes bleibt ihm aber (1678) und zwar nach Maßgabe von § 1656 (s. ob. zu § 517 S. 78 fg. unter c); dieß in billiger Rücksicht auf die Interessen des Vaters, und weil durch die Fortdauer dieser Nutzung die Interessen des Kindes nicht gefährdet werden (Mot. IV S. 818). In den Fällen unter b behält der Vater auch das Recht, neben dem gesetzlichen Vertreter für die Person des Kindes zu sorgen (nicht, es zu vertreten); bei Meinungs-Verschiedenheiten geht die Meinung des gesetzlichen Vertreters vor (1676 Abs. 2).

e) Die elterliche Gewalt wird während des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters normaler Weise von der Mutter ausgeübt, mit Vorbehalt des Nutzungsrechts des Vaters (1685 Abs. 1). Ist die Mutter todt, so erhält das Kind einen Vormund (1773). Ist die Mutter noch am Leben, ihre Ehe mit dem Vater aber aufgelöst, so erhält das Kind ebenfalls einen Vormund (1773); denn die Mutter übt die elterliche Gewalt beim Ruhen derjenigen des Vaters nur während der Ehe aus (1685 Abs. 1). Die Mutter hat aber im genannten Falle neben dem Vormund die Sorge für die Person des Kindes, so wie sonst neben dem Vater (1698. 1634). Ihr nach Auflösung der Ehe, die eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses voraussetzt, für die vielleicht nur vorübergehende Zeit des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters die elterliche Gewalt selbst zu verleihen, hat man bedenklich gefunden (Prot. der II. Comm. S. 6135 fg.). Wenn aber keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters wegfallen werde, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt in vollem Umfange zu übertragen. In diesem Falle erhält die Mutter auch die Nutznießung (1685 Abs. 2); der Vormund tritt ab. Nun aber sollen auf die

---

[21] Nov. 118 c. 1. 2. S. v. Löhr ACPra. X S. 165 fg., Marezoll a. a. O. S. 203 fg., Vangerow II § 416 Anm. 3 und die übrigen von dem Letzteren Citirten.

elterliche Gewalt der Mutter die gleichen Sätze Anwendung finden, wie auf diejenige des Vaters (1686); dieselbe muß also auch aus den gleichen Gründen ruhen. Befindet sich die Mutter in einem solchen Zustande, daß ihre eigene elterliche Gewalt ruhen würde, wenn sie dieselbe hätte, so kann sie auch das ihr sonst beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters zukommende Recht der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht haben. Und unter den gleichen Umständen wird sie auch nicht die Uebertragung der elterlichen Gewalt gemäß § 1685 Abs. 2 begehren können.

2. Die elterliche Gewalt des Vaters endigt:

a) wenn das Kind volljährig wird (1626), oder für volljährig erklärt wird (3).

b) Wenn das Kind stirbt.

c) Wenn der Vater stirbt. Lebt die Mutter, so erhält sie die volle elterliche Gewalt (1684 Abs. 1 Ziff. 1); anderen Falls erhält das Kind einen Vormund (1773).

d) Wenn der Vater für todt erklärt wird, so tritt das Ende seiner elterlichen Gewalt nicht bloß präsumtiv, sondern wirklich mit dem Zeitpunkt ein, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt (1679 Abs. 1); vom gleichen Zeitpunkt an steht die elterliche Gewalt der Mutter zu (1684 Abs. 1 Ziff. 2. Abs. 2). Lebt aber der Vater noch, so kann er durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht sich die elterliche Gewalt für die Zukunft wieder aneignen, womit diejenige der Mutter endigt (1679 Abs. 2). Ist inzwischen die Ehe durch Wiederverheirathung der Mutter aufgelöst (1348 Abs. 2), so hat die Mutter die elterliche Gewalt verloren (1697 S. 1), aber das Recht und die Pflicht behalten, für die Person des Kindes zu sorgen, unter Ausschluß des Vertretungsrechtes; das Kind hat einen Vormund erhalten (1773), der, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes hat (1697 S. 2. 1696). Auch jetzt kann der noch lebende Vater sich die elterliche Gewalt wieder aneignen, in welchem Falle der Vormund abtritt; die Sorge für die Person des Kindes erlangt der Vater aber nur, wenn es ein Sohn über sechs Jahren ist; sonst steht diese Sorge der Mutter zu, nur das Vertretungsrecht hat immer der Vater (1637. 1635 vgl. auch 1636).

e) Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt durch seine rechtskräftige Verurtheilung wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens, wenn die ausgesprochene Strafe Zuchthaus oder mindestens sechs Monate Gefängniß beträgt (1680). Lebt die Mutter noch, so soll sie doch, solange ihre Ehe mit dem Vater besteht, die elterliche Gewalt nicht haben, weil dann entweder bei ihrer Abhängigkeit vom Vater die Verwirkung der elterlichen Gewalt durch diesen ohne praktischen Erfolg sein, oder aber, wenn die Mutter selbständig aufträte, der eheliche Friede gefährdet würde (Mot. IV S. 840. 806). Das Kind erhält also einen Vormund (1773), neben welchem der Mutter die Sorge für die Person des Kindes so zusteht, wie sonst neben dem Vater (1698. 1634). Ist die Ehe der Eltern dagegen vor oder nach der Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters aufgelöst, so sind die obigen gegen die Anerkennung der elterlichen Gewalt der Mutter sprechenden Bedenken gehoben, und da es sich bei der Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters um dauernden Verlust einschließlich

der Nutzung handelt, so erhält die Mutter die elterliche Gewalt ohne Weiteres und im vollen Umfange (1684 Abs. 1 Ziff. 2), einer Uebertragung durch das Vormundschaftsgericht, wie im Falle des § 1685 Abs. 2, bedarf es nicht erst.

f) Der Vater verliert die elterliche Gewalt, wenn das Kind von einem andern an Kindesstatt angenommen wird (1765) s. jedoch Abs. 2 das. und oben S. 99 fg. unter 4.

3. Die Sorge für die Person beschränkt sich, wenn eine Tochter verheirathet ist, nach § 1633 auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten, während im übrigen die Fürsorge dem Manne obliegt, den man aber zum gesetzlichen Vertreter der minderjährigen Frau nicht erheben wollte. (In Bezug auf das Vermögen s. unt. 5.) Ein Mann darf nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit heirathen (mit welcher die elterliche Gewalt endigt). In dem immerhin möglichen Fall, daß ein minderjähriger Sohn dennoch in die Ehe gelangt, würde die väterliche Fürsorge für seine Person sich nicht ändern.

Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt, oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen (1666 Abs. 1). Welche das sind, untersteht seinem Ermessen; das Gericht kann bis zur gänzlichen Entziehung der Fürsorge für die Person gehen (vgl. 1673), insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt) untergebracht wird (1666 Abs. 1 S. 2). Das Kind erhält einen Pfleger (1909 Neben diesem steht der Mutter die Sorge für die Person so, wie sonst neben dem Vater zu (1698). Wenn zugleich gemäß § 1666 Abs. 2 dem Vater die Vermögensverwaltung oder sogar auch die Nutznießung entzogen ist (s. 4), so erhält das Kind einen Vormund (1773), neben welchem die Mutter dieselbe Stellung hat (1698); die elterliche Gewalt erhält sie nicht, auch nicht nach Auflösung der Ehe, weil die Maßregeln gegen den Vater jederzeit aufgehoben werden können (1671). — Ehescheidung und Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 s. 1635. 1636. 1637; dazu ob. S. 64 fg. unter 4 und oben 2, d.

4. Die Vermögensverwaltung des Vaters endigt mit rechtskräftiger Concurseröffnung über sein Vermögen (1647 Abs. 1). Das Kind erhält einen Pfleger (1909). Nach Aufhebung des Concurses kann das Vormundschaftsgericht die Verwaltung dem Vater wieder übertragen (1647 Abs. 2). Die Nutznießung verbleibt dem Vater trotz der Concurseröffnung; das Nutznießungsrecht fällt nicht etwa in die Concursmasse (denn es ist nicht pfändbar, s. ob. S 78 unter b, ε). Der Vater kann aber die Nutznießung nicht selbst ausüben, sondern nur die Herausgabe der Nutzungen gemäß § 1656 Abs. 1 verlangen s. ob. S. 78 fg. unter c).

Wenn der Vater das Recht des Kindes auf Unterhalt verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, so kann dem Vater vom Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entzogen werden (1666 Abs. 2). Das Gleiche gilt von der Nutznießuug, und da in der Verletzung des Rechts auf Unterhalt eine Vernachlässigung des Kindes liegt, so können auch die Maßregeln aus § 1666 Abs. 1 ergriffen, also auch die Sorge für die Person

dem Vater entzogen werden. Aber auch wenn sämmtliche drei Elemente der elterlichen Gewalt dem Vater entzogen sind, so ist seine elterliche Gewalt nicht ganz erloschen, sondern vielmehr nur suspendirt; denn die getroffenen Maßregeln können jeder Zeit aufgehoben werden (1671). Wird nur die Vermögensverwaltung, oder nur diese und die Nutznießung entzogen, so erhält das Kind einen Pfleger (1909). Wird auch die Sorge für die Person entzogen, so erhält es einen Vormund (1773). Vgl. hierzu, auch über die Stellung der Mutter, oben 3.

Die Entziehung der Vermögensverwaltung kann auch eintreten, wenn der Vater den Anordnungen nicht nachkommt, welche das Vormundschaftsgericht nach § 1667. 1668 getroffen hat — Sicherungsmaßregeln wegen Vermögensgefährdung, insbesondere Inventarisation und Rechnungslegung, Sicherheitsleistung — oder die ihm nach dem Tode der Mutter oder bei seiner Wiederverheirathung nach § 1640 1669 obliegenden Verpflichtungen — Inventarisation, Auseinandersetzung — nicht erfüllt (1670). Das Kind erhält einen Pfleger (1909). Die Entziehung kann aufgehoben werden (1671).

5. Die Nutznießung endigt mit der Verheirathung des Kindes. Für den Sohn kommt diese Vorschrift nur höchst ausnahmsweise in Betracht, da er vor der Volljährigkeit nicht heirathen darf, mit der Volljährigkeit aber die ganze elterliche Gewalt endigt. Der Vater behält die Nutznießung, wenn die Ehe ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geschlossen wird (1661). In diesem Falle tritt das bei dem gesetzlichen ehelichen Güterstande dem Manne zukommende Nutznießungsrecht nicht ein (1364), und Gütergemeinschaft kann ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters von der minderjährigen Tochter nicht begründet werden (1437. 1549; für die Errungenschaftsgemeinschaft s. 107). Die väterliche Verwaltung endigt durch die Verheirathung nicht; sie muß aber hinter die dem Güterstande der Ehe entsprechenden Verwaltungsrechte des Mannes der Tochter zurücktreten. Nur soweit die Frau noch an der Verwaltung ihres Vermögens betheiligt ist, bleibt, wenn sie unter elterlicher Gewalt des Vaters steht, auch dessen Verwaltungsrecht und sein Recht der Vertretung praktisch (Mot. IV S. 759).

Die Nutznießung kann dem Vater entzogen werden wegen Verletzung des Unterhaltsanspruchs des Kindes nach Maßgabe von § 1666 Abs. 2 (s. ob. 4). Die Entziehung kann aufgehoben werden (1671).

6. Wenn die elterliche Gewalt endet oder ruht, oder die Vermögensverwaltung des Vaters selbständig endigt, so hat der Vater dem Kinde (oder dem nunmehr eintretenden Vermögensverwalter [Mutter, Vormund, Pfleger]) das Vermögen herauszugeben und, anders als im gemeinen Recht (§ 517[4]), Rechenschaft abzulegen (1681). In den gleichen Fällen ist der Vater indessen zur Fortführung der mit der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt, bis er von dem Ende seines Verwaltungsrechts Kenntniß erlangt, oder es kennen muß. Hierauf kann sich aber ein Dritter nicht berufen, der seinerseits diese Kenntniß hat, oder haben muß (1682, vgl. 169). Stirbt das Kind, so hat der Vater diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschube Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann (1683).

7. Wenn die Sorge für die Person einem Pfleger zusteht, während der Vater für das Vermögen zu sorgen hat oder umge-

kehrt, so entscheidet bei einer Meinungsverschiedenheit über die Vornahme einer Handlung, welche sowohl das Vermögen wie die Person betrifft, das Vormundschaftsgericht (1639). Dieß muß nicht nur gelten, wenn die Sorge für die Person ganz dem einen und die Sorge für das Vermögen ganz dem andern zusteht, sondern entsprechend auch in Fällen einer anderweitigen Theilung der Fürsorge, z. B. wenn der Pfleger nur eine bestimmte Vermögensmasse verwaltet (1638), welche für die Erledigung einer persönlichen Angelegenheit herangezogen werden soll.

II. Wann die Mutter die elterliche Gewalt hat oder auszuüben hat, geht aus dem oben Gesagten hervor. (S. I, 1, e. 2, c. d. e. 3, auch ob. S. 64 fg.). Die elterliche Gewalt der Mutter steht auch nach Seite der Beendigung und der damit verwandten Fragen unter denselben Regeln, wie die des Vaters. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit (vgl. 1676 Abs. 2), so bleibt der Mutter Recht und Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, jedoch ohne Vertretungsrecht. Der Vormund hat dann, insoweit der Mutter die Fürsorge zusteht, die Stellung eines Beistandes (1696). Ein besonderer Grund des Endes der elterlichen Gewalt der Mutter ist ihre Wiederverheirathung. Sie behält dann aber in Ansehung der Person des Kindes dieselbe Stellung, wie nach § 1696 (1697).

III. Das durch Annahme an Kindesstatt oder durch Legitimation begründete Verhältniß unterliegt den Einflüssen der im Vorigen bezeichneten Thatsachen ebenso, wie das durch eheliche Geburt begründete. Bei beiden ist rückwirkende Vernichtung möglich durch Anfechtung des Annahmevertrages oder einer nothwendigen Einwilligung zu demselben (1755), durch Anfechtung einer der für die Ehelichkeitserklärung grundlegenden Rechtsgeschäfte (1731). Ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe geschehen, die Ehe aber nichtig, oder anfechtbar und angefochten, und sind die Voraussetzungen der Geltendmachung der Nichtigkeit nach Maßgabe von § 1329. 1343 gegeben, so verliert das Kind rückwirkend die Stellung des ehelichen, wenn beide Gatten bösgläubig waren. Beruht die Nichtigkeit auf einem Formfehler und ist die Ehe nicht ins Heirathsregister eingetragen, so kann man von einem rückwirkenden Verlust der Stellung des ehelichen Kindes nicht reden, da diese Nichtigkeit von Anfang an unbeschränkt gemacht werden kann und Kinder aus solchen Ehen keinen Augenblick als ehelich gelten (1721. 1699 fg.).

Das durch Annahme an Kindesstatt begründete Verhältniß kann aber auch für die Zukunft aufgehoben werden: a) Die Aufhebung erfolgt durch Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Kind. Sind Abkömmlinge vorhanden, auf welche sich die Wirkungen der Annahme erstrecken (1762), so müssen auch sie an dem Vertrage als Contrahenten theilnehmen (1768 Abs. 2). Die Aufhebung kann nur sämmtliche Betheiligte treffen; es ist nicht möglich, daß die Aufhebung nur in Ansehung des Kindes, nicht auch der Abkömmlinge, erfolgt oder umgekehrt, oder daß nur einzelne Abkömmlinge aus dem Adoptivverhältniß ausscheiden. (Mot. IV S. 998 fg.). Ebenso ist das Verhältniß untheilbar, wenn ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen hat, oder nach der Annahme durch einen Gatten auch der andere das Kind für sich angenommen hat. Die Mitwirkung beider Ehegatten zur Aufhebung des Verhältnisses, welche § 1768 Abs. 3 für diese Fälle verlangt, bedeutet, daß nur durch ihren gemeinschaftlichen

Vertrag mit dem Kinde das Adoptivverhältniß zu beiden gelöst werden kann. Hat aber ein Gatte ein ehelich-leibliches Kind des andern (aus früherer Ehe) angenommen, so ist zwar ebenfalls nach § 1768 Abs. 3 die Mitwirkung beider Gatten zur Aufhebung des Adoptivverhältnisses erforderlich; aber dieß kann nur bedeuten, daß der leibliche Elterntheil als Mitcontrahent einwilligen muß in die Aufhebung des Adoptivverhältnisses zu dem nicht leiblichen, in die Beseitigung der Stellung des Kindes als eines gemeinschaftlichen Kindes beider Gatten. Denn die natürliche Stellung des Kindes als ehelichen Kindes des leiblichen Elterntheils kann nicht aufgehoben werden.

Anders gestaltet sich die Sache mit dem Tode des Kindes. Nun können die Ueberlebenden das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß aufheben (1769), womit aber an den Nachwirkungen der Thatsache nichts geändert wird, daß der Verstorbene eheliches Kind des Annehmenden war. In dem Falle, daß Ehegatten ein Kind gemeinschaftlich angenommen haben, kann nach dem Tode eines der Gatten der Ueberlebende das Adoptivverhältniß zwischen ihm und dem Kinde (und den von der Annahme betroffenen Abkömmlingen) durch Vertrag mit dem Kinde (und diesen Abkömmlingen) aufheben (1769 S. 2), womit aber an den Nachwirkungen des Umstandes wiederum nichts geändert wird, daß das Kind und seine Abkömmlinge eheliche Descendenz des verstorbenen Gatten sind (daher auch § 1772 S. 2). Wurde das eheleibliche Kind eines Gatten von dem andern angenommen, und ist der leibliche Elterntheil der Ueberlebende, so kann von der Aufhebung des zwischen diesem und dem Kinde bestehenden Verhältnisses keine Rede sein. Ist aber der leibliche Elterntheil gestorben, so kann der überlebende Adoptivelterntheil ebenso wie im Falle der gemeinschaftlichen Annahme das Adoptivverhältniß lösen (1769 S. 2).

b) In Bezug auf das Erforderniß der Bestätigung (1741 S. 2), die Form (1750 Abs. 2), den Ausschluß der Vertretung (1750 Abs. 1), die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1751), die Bestätigung nach dem Tode eines Betheiligten (1753), das Inkrafttreten (1754 Abs. 1), die Zulässigkeit und Wirkung der Versagung der Bestätigung für den Aufhebungsvertrag (1754 Abs. 2), die Anfechtung (1755) gelten dieselben Sätze wie für den Annahmevertrag (1770). S. ob. S. 94 fg.

c. Eine gesetzliche Aufhebung des Adoptivverhältnisses tritt ein durch (verbotene) Verheirathung zwischen dem Annehmenden und dem Kinde oder einem von der Annahme betroffenen Abkömmling desselben 1771, s. auch Abs. 2 das.]

Drittes Kapitel.

Die Vormundschaft*.

§ 526.

Wenn ein Kind den elterlichen Schutz in einem Lebensalter verliert, in welchem es selbst für sich zu sorgen noch nicht im

* Dig. 27, 2 ubi pupillus educari vel morari debeat. Cod. 5, 49 ubi pupilli educentur. — Burchardi ACPra. VIII S. 161 fg., v. Buchholtz

Stande ist[1], so ist es Recht und Pflicht der obervormundschaftlichen Behörde, diejenige Person zu bestimmen, welcher die Erziehung des Kindes übertragen werden soll[2]. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hat der für das Vermögen des Kindes bestellte Vormund sich auch der Person desselben anzunehmen[3], wie es dem Vormunde auch obliegt, den von der obervormundschaftlichen Behörde bestellten Erzieher zu überwachen[4]. Bei der Auswahl des Erziehers muß die obervormundschaftliche Behörde vorzugsweise die letztwilligen Anordnungen des Vaters berücksichtigen[5]; im Uebrigen verfährt sie nach ihrem freien Ermessen[6]. Gegen Angehörige des Kindes, welche die Uebernahme der Erziehung verweigern, kann sie im Nothfall mit Zwangsmaßregeln vorgehen[7].

Für die Personen der Wahnsinnigen, Kranken und Gebrechlichen hat, soweit die Verwandten sich derselben nicht annehmen[8], der Vormund zu sorgen[9].

[Nach BGB. hat der Vormund grundsätzlich ebensowohl für die Person wie für das Vermögen des Mündels zu sorgen (1793. 1897). Es soll im Folgenden Beides neben einander gestellt werden.]

---

juristische Abhandlungen Nr. 20. Glück XXX S. 215 fg. XXXII S. 155 fg. Rudorff R. der Vormundschaft II S. 249 fg. Kraut die Vormundschaft II S. 125 fg. Böhlau Mecklenburg. Landr. II S. 234 fg. — Hierher gehört nur die persönliche Seite der Vormundschaft; von der Vormundschaft nach ihrer vermögensrlichen Seite ist bereits § 432 fg. gehandelt worden. Vgl. § 432 [4]. [Folgt unten.]

§ 526. [1] Es ist nicht bloß an den Fall des Todes der Eltern zu denken, sondern auch an den Fall, wo sie unfähig oder rlich ausgeschlossen sind. S. l. 1 § 3. l. 3 § 5 D. 43, 30 und § 525 [3—5].

[2] L. 1 pr. l. 5 D. 27, 2, l. 1 C. 5, 49. R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 3 a. E.

[3] Nach der R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 3 soll der Vormund schwören: „daß er seinen Pflegekindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren . .". S. auch l. 12 § 3 D. 26, 7: „cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur". Vgl. Stobbe IV S. 496. 497. [Klage des Vormunds auf Herausgabe des Mündels: Sf. LII. 84.]

[4] S. die Stellen in Note [3].

[5] L. 1 § 1 D. 27, 2, l. 7 D. 33, 1, l. 1 § 10 D. 25, 4. Vgl. § 514 [4].

[6] L. 1 § 1. l. 5 D. 27, 2, l. 1. 2 C. 5, 49.

[7] L. 1 § 2 D. 27, 2, l. 1 C. 5, 49.

[8] L. 13 § 1. l. 14 D. 1, 18, l. 22 § 7. 8 D. 24, 3. Verlassen des Wahnsinnigen ist für De- und Ascendenten Enterbungsgrund, Nov. 115 c. 3 § 15. c. 4 § 6.

[9] L. 7 pr. D. 27, 10. Diese Stelle spricht nur von Wahnsinnigen; aber ihre Uebertragung auf Personen, welche wegen körperlicher Krankheit für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unterliegt keinem Bedenken.

[Aus dem Recht der Forderungen hierher übertragen:]

C. Vormundschaft und Güterpflege*.

1. Vormundschaft über Unerwachsene.

Einleitung.

§ 432.

Der Ausdruck Vormund[1] bezeichnet eine Person, die zur Sorge für Jemanden, welcher selbst für sich zu sorgen nicht vermag, unter staatlicher Autorität berufen ist und ihr Amt unter staatlicher Aufsicht verwaltet[2]. Die Vormundschaft begründet ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Mündel und dem Vormund in ähnlicher Weise, wie ein Verpflichtungsverhältniß durch den übernommenen Auftrag und die freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten begründet wird[3]. Die Vormundschaft begründet ferner ein Recht des Vormundes, den Mündel bei Rechtshandlungen zu vertreten, und über sein Vermögen zu verfügen. Diese beiden Seiten der Vormundschaft sind hier darzustellen. Eine dritte Seite der Vormundschaft, kraft

---

* Inst. 1, 13—26. Dig. lib. 26. 27. Cod. 5, 28—75. — Rudorff das R. der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Ren entwickelt. 3 Bde. 1832—1834. Rec. des ersten Bandes von Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. VI S. 206—256. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen R. 3 Bde. 1835. 1847. 1859. Glück XXVIII S. 435 — XXXIII S. 310. Heimbach im Rlex. XIII S. 237—964. Unterholzner II S. 628—650. Sintenis III § 144—157. Vangerow I § 261—294, Brinz 1. Aufl. § 285—306. 2. Aufl. II § 322 III § 495 fg. Stobbe IV § 263—277. [Champcommunal essai sur la tutelle des impubères dans l'ancien droit Romain. Th. de Paris 1892. Debray das Vormundschaftsr. der RPO. v. 1548 u. 1577. Gött. Diss. 1899. — Aus der Litteratur des BGB.: Richter das Vormundschaftsr. nach dem BGB. Leipz. 1897. Schultetus Handb. des Vormundschaftsr. Berlin 1899. Fuchs das deutsche Vormundschaftsr. Berlin 1899. Brehm das Vormundschaftsr. des BGB. 2. Aufl. Hannover 1899. v. Schilgen deutsches Vormundschaftsr. Köln 1899. Hesse deutsches Vormundschaftsr. Berlin 1900.]

[1] S. über diesen Ausdruck Kraut I S. 1. § 432.

[2] Pr. I. 1, 25: — „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse". — Die Sorge, welche der Staat darauf richtet, daß ein Vormund vorhanden sei, und daß derselbe sein Amt ordentlich verwalte, nennt man die Obervormundschaft. Rudorff I § 2, Kraut I § 9. 10, Stobbe § 266. 269. Es ist eine der wichtigsten legislatorischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft gesteigert werden soll. Das heutige gem. R. geht darin weiter, als das römische, und Particularre sind noch weiter gegangen.

[3] Das Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Vormund und dem Mündel ist, wie das durch die freiwillige Geschäftsbesorgung begründete (§ 430 [2]), „quasi ex contractu", § 2 I. 3, 27, l. 5 § 1 D. 44, 7.

deren dieselbe dem Vormund auch die Pflicht und die Macht gibt, für die Person des Mündels zu sorgen, gehört nicht an den gegenwärtigen Ort des Systems, sondern in das Familienrecht[4].

Unter den einzelnen Fällen der Vormundschaft ist der bei weitem wichtigste und der rechtlich am weitesten ausgebildete der der Vormundschaft über Unerwachsene.

Unerwachsene stehen unter Vormundschaft bis zum vollendeten 21. Jahre[5,6]. Das römische Recht machte unter den Minderjährigen

---

[4] Nach dieser Seite betrachtet ist die Vormundschaft eine künstliche Ergänzung des durch das Familien-, im Besonderen das Elternverhältniß gewährten Schutzes. — Die Meisten (anders von den Neueren nur Unterholzner und Puchta) handeln die Vormundschaft auch nach ihrer vermögensrlichen Seite im Familienr. ab. Hierfür spricht die Analogie der Ehe, bei welcher das gleiche Verfahren ganz allgemein eingehalten wird. Doch verzweigen sich die vermögensrlichen Wirkungen der Ehe weiter über das ganze Rsystem, als die der Vormundschaft, welche letztere sich an Auftrag und negotiorum gestio so natürlich anschließt, daß sie nicht ohne Gewaltsamkeit davon getrennt werden kann. Allerdings gehört strenge genommen in das Obligationenr. nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältniß, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsr. des Vormundes. Aber noch viel weniger gehört diese letztere Seite der Vormundschaft in das Familienr.; ihre eigentliche Stelle wäre im allgemeinen Theil, wo sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht (näher) abgehandelt wird. So sehr es sich aber empfiehlt, die vermögensrliche Seite der Vormundschaft im Obligationenre abzuhandeln, so wenig halte ich es für gerechtfertigt, sie, wie dieß Puchta thut, aus dem Familienre ganz auszuweisen. Die Vormundschaft wird also in diesem Lehrbuche im Familienr. noch einmal erscheinen. Bei dieser Anordnung entsteht nur die Frage, an welchem Orte die Grundsätze über die Begründung und Beendigung der Vormundschaft vorgetragen werden sollen. Da kein Grund vorhanden ist, die Darstellung dieser Grundsätze zu verschieben, umgekehrt das Verständniß des Folgenden mannigfach durch die Kenntniß derselben bedingt ist, so werden sie sogleich hier vorgetragen. Vgl. noch Sintenis III § 130 [2], Böcking Grundr. II § 293 [1], Kuntze In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Lipsiae 1851. [Der Herausgeber hat sich aus den I S. IX angegebenen Gründen für die Aufnahme des ganzen Vormundschaftsr. in das Familienr. entschieden.]

[5] Dieß ist das gegenwärtige gemeine deutsche R., seit dem (mit dem 1. Januar 1876 in Kraft getretenen) Reichsgesetz vom 17./2. 1875. Die römische Grenze war das vollendete 25. Jahr. S. I § 54 [8, 9]. — Nach älterem r. R. konnte der Unerwachsene nur dann einen Vormund haben, wenn er keiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vgl. pr. I. 1, 13, l. 239 pr. D. 50, 16. Dieß hatte seinen Grund darin, daß der unter väterlicher Gewalt Stehende nicht fähig war, etwas Eigenes zu haben. Seit derselbe Vermögensfähigkeit erlangt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem s. g. peculium adventicium ordinarium einerseits, und dem s. g. peculium adventicium extraordinarium sowie dem peculium castrense und quasi castrense andererseits. Das Erstere steht auch jetzt nicht unter Vormundschaft, sondern unter selbstnütziger väterlicher Verwaltung; für die anderen Peculien aber bekommt das Kind in der That einen Vormund (curator),

einen Unterschied zwischen den Geschlechtsunreifen und den Geschlechtsreifen. Die Vormundschaft über jene hieß tutela, und trat mit Nothwendigkeit ein[6]; die Vormundschaft über diese hieß cura, und trat nur dann ein, wenn der Minderjährige sie begehrte[7]. Doch war die rechtliche Stellung des tutor und des curator im Wesentlichen die gleiche[8], eine verschiedene hauptsächlich nur bei der Mitwirkung zu den

obgleich das r. R. den Vater, wenn von ihm die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird, nicht so nennt. L. 8 § 1 C. 6, 61, Nov. 117 c. 1, vgl. l. 7 pr. C. 5, 70. Vgl. Glück XIV S. 390, Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 441. 442, Vangerow I § 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III § 141 [52], Fitting das castrense peculium S. 177. 358. 385 unt., Stobbe § 255 [9]. — Handlungsunfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Ergänzung derselben durch den Vater: Kraut II § 108, Stobbe § 256; Sf. VII. 197, XIII. 241, XV. 113. RG. XV S. 195. 200.

[6] Von der Regel, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, macht Kraut II S. 182 fg. 667 fg. für das heutige R. eine Ausnahme in Betreff der verheiratheten Mündelin, sowie in Betreff des Sohnes, welcher durch Begründung eines selbständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist — mit Berufung auf älteres deutsches R. und gemeines Gewohnheitsr. Ebenso (im Ausdruck auch den Fall der Emancipation mit umfassend) Sf. XIII. 241 (S. 239); ferner das. XVI. 96, wo aber angenommen wird, daß mit Auflösung der Ehe für die minderjährige Frau wieder Vormundschaft eintrete. Vgl. auch § 437 [5].

[7] Die tutela ist das ältere Rsinstitut; die cura ist zuerst als Unterstützung der Minderjährigen bei einzelnen Rsgeschäften durch die lex Plaetoria (nicht später als die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt), als generelle Geschäftsführung durch eine Constitution des K. Marcus eingeführt worden. Capitol. in Marco c. 10. Doch wurde auch nach dieser letzten Constitution dem minor ein curator nur auf sein Begehren gegeben. „Inviti adolescentes curatores non accipiunt . .“, § 2 I. 1, 23; s. ferner l. 13 § 2 D. 26, 5, l. 2 § 4. 5 D. 26, 6, l. 6 C. 5, 31. Von der anderen Seite war es die Pflicht des abtretenden tutor, den Mündel zur Erbittung eines curator zu ermahnen (l. 5 § 5 D. 26, 7), und nur einem solchen brauchte der tutor das Vermögen des Mündels herauszugeben (l. 7 C. 5, 31), sowie der minor auch zu jeder anderen Zahlungsannahme (l. 7 § 2 D. 4, 4) und ferner zur Proceßführung (§ 2 I. 1, 23, l. 1 C. 5, 31) eines curator bedurfte. So erklärt es sich, daß trotz der dem minor eingeräumten Freiheit unsere Quellen es als das Regelmäßige ansehen, daß er unter cura stehe. S. namentlich l. 1 § 3. l. 2. l. 3 pr. D. 4, 4. — Vgl. über das hier Gesagte vorzugsweise den Aufsatz von Savigny „über den Schutz der Minderjährigen im r. R., und insbesondere von der lex Plaetoria“, zuerst in den Abhandl. der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1833 S. 1 fg., dann mit Zusätzen in der ZS. für gesch. RW. X S. 232 fg. (und in den vermischten Schriften II S. 321 fg.); ferner Rudorff I S. 90 fg. 406 fg., Vangerow I § 291 Anm. 1, Huschke ZS. f. RG. XIII S. 311 fg. [Audibert les deux curatelles des mineurs en droit Romain (vor und nach M. Aurel). Nouv. Rev. hist. de droit fr. et étr. XX p. 177 s. 345 s. 455 s. (1896).]

[8] Man kann sagen: der tutor in seiner Eigenschaft als Vertreter des impubes und Verwalter seines Vermögens war sein curator, obgleich er nicht so hieß. S. aber auch § 438 [17]. Was ihn als tutor auszeichnete, war lediglich

Rechtshandlungen des Mündels[9]. Heutzutage hat der Minderjährige einen **Vormund**[10], und es tritt weder, wenn schon vor der Geschlechtsreife eine Vormundschaft bestand, mit der Geschlechtsreife ein Wechsel der Person ein [11], noch erfolgt, wenn das Bedürfniß der Vormundschaft sich erst nach erreichter Geschlechtsreife ergibt, die Berufung zur Vormundschaft nach anderen Grundsätzen, als die Berufung zur Vormundschaft über einen Geschlechtsunreifen[12].

[Nach **BGB.** ist die Grenze der Minderjährigkeit dieselbe geblieben, wie bisher (2). Minderjährige (ohne Unterschied zwischen Geschlechtsreifen und Geschlechtsunreifen) erhalten einen Vormund, wenn sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen oder wenn die Eltern weder in den die Person, noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zu ihrer Vertretung berechtigt sind. Danach erhalten uneheliche Minderjährige immer einen Vormund, weil die Mutter nicht die

---

das R. der Ergänzung der Handlungsunfähigkeit des impubes durch auctoritatis interpositio. In diesem Sinne ist der früher häufig mißverstandene Satz zu verstehen: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. 26, 2, § 4 I. 1, 14). [Schüler über die Bedeutung des Satzes: Tutor personae etc. Gött. Diss. 1890.] Im älteren R. gab es Tutoren — die Tutoren geschlechtsreifer Frauen — welche lediglich auctoritatis interpositio, nicht Vermögensverwaltung hatten. Ulp. XI, 25, Gai. I, 190. 191. — Vgl. über das hier Gesagte Vangerow § 263 Anm., und aus der von ihm verzeichneten Literatur namentlich den Aufsatz von v. Löhr im Magazin f. RW. und Gesetzg. III S. 15 fg. 435 fg.

[9] Die Mitwirkung des tutor bestand in der auctoritatis interpositio, d. h. einer unmittelbaren Theilnahme an der Rhandlung des impubes, durch welche Theilnahme dessen Handlungsunfähigkeit ergänzt werden sollte ([8]). Die Mitwirkung des curator war ein gewöhnlicher consensus, durch welchen der Mangel der Verfügungsgewalt des minor gehoben werden sollte, und welcher sich in Nichts von der Gestattung unterschied, durch welche z. B. der Eigenthümer die Verfügung des Nichteigenthümers zu einer rlich wirksamen macht. Vgl. § 442 [3].

[10] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 1. v. 1577 Tit. 31 § 1: — „so wöllen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Herren, Grafen, von Adel, und Communen hiermit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormündschaft aus rmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu füglich und geschickt wären, gegeben werden". — Im älteren deutschen R. kommt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie der römische zwischen dem impubes und dem minor, der Gegensatz zwischen demjenigen, welcher „zu seinen Jahren", und demjenigen, welcher „zu seinen Tagen" gekommen ist; jener bedarf eines Vormundes, dieser kann einen Vormund haben, wenn er will. Vgl. über das Nähere Kraut I § 12—16, Rudorff I S. 109 fg., Stobbe I § 40. I. IV § 264.

[11] Kraut II S. 163, Rudorff I S. 116.

[12] R. P. O. a. a. O. ([10]). Kraut II S. 235. 258; Rudorff I S. 116.

elterliche Gewalt hat (1707). Wann sich für eheliche Kinder das Bedürfniß einer Vormundschaft ergibt, darüber vgl. das zu § 525 Gesagte unter I, 1, c. I, 2, c. d. I, 3. II. S. auch Böhm Gruch. Beitr. XLI S. 559 fg. (1897), Ubbelohde Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 120 fg. (1898). Ferner erhält der Minderjährige einen Vormund, wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist (1773). Neben dem Inhaber der elterlichen Gewalt oder neben dem Vormund kann der Minderjährige für bestimmte Angelegenheiten einen Pfleger erhalten (1909) S. hierüber zu § 447.]

a. Begründung der Vormundschaft.

α. Berufung.

§ 433.

Die Berufung[1] zur Vormundschaft über einen Unerwachsenen erfolgt durch letzten Willen, Gesetz, obrigkeitliche Ernennung[2].

1. Zuerst wird zur Vormundschaft berufen der letztwillig Ernannte[3]. Das Recht zur letztwilligen Ernennung hat nur der Vater bez. Großvater ꝛc., in dessen Gewalt das Kind steht, der Großvater ꝛc. jedoch nur dann, wenn das Kind durch seinen Tod frei von Gewalt wird[4]. Die Ernennung muß in einem gültigen und durch Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangenden Testament[5] oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill geschehen[6]; sie kann nicht auf einzelne

---

[1] Tutela, cura defertur. S. z. B. l. 7 pr. D. 4, 5, l. 1 pr. l. 8 pr. l. 6 D. 26, 4. § 433.

[2] Nach heutigem R. auch durch Vertrag? S. Kraut I § 28, Beseler § 146. IV (4. Aufl. § 134. IV), Stobbe § 270[22 fg.], Holzschuher III S. 775. — Die römische cura hatte nur Einen Berufungsgrund: Ernennung (bez. Bestätigung [[10]]) durch die Obrigkeit.

[3] Dig. 26, 2 Cod. 5, 28 de testamentaria tutela. Glück XXIX S. 197 fg., Rudorff I S. 266 fg. Kraut I S. 258 fg., Stobbe IV S. 476 fg.

[4] L. 1. 2 D. 26, 2. l. 73 § 1 D. 50, 17, § 3. 4 I. 1, 13; Gai. I, 144—146, Ulp. XI, 15. Dieses R. des Vaters ꝛc. war durch die 12 Taf. garantirt, Ulp. XI, 14, l. 1 pr. D. 26, 2, l. 53 pr. l. 120 D. 50, 16. Ueber und gegen die Ansicht, daß durch die R. P. O. a. a. O. (§ 432[10]) die Mutter dem Vater gleichgestellt worden sei, s. Kraut I S. 259 fg.

[5] Erforderlichkeit der Erbeseinsetzung: l. 53 pr. D. 50, 16, — des Erbschaftsantritts l. 9 D. 26, 2, l. 45 § 1 D. 27, 1. Ist es noch ungewiß, ob der Erbschaftsantritt erfolgen wird, so wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit ernannt, l. 10 pr. D. 26, 2 ([25]).

[6] L. 3 pr. D. 26, 2, l. 1 § 1 D. 26, 3. Fein Forts. v. Glück XLIV S. 229 fg. XLV S. 166 fg. — Bedarf auch die Ernennung selbst einer Form? L. 1 § 1 D. 26, 3 schließt verba precativa aus (vgl. Gai. II, 289); aber nach l. 15 C. 6, 23 und l. 21 C. 6, 37 muß wohl jeder Ausdruck des Willens des Erblassers für genügend gehalten werden; s. auch l. 8 C. 5, 28, Rudorff I S. 308. A. M. Sintenis § 147[10]. — Anwendung des Libonianischen

Sachen oder Geschäfte beschränkt werden[7]; der Ernannte muß individuell bezeichnet[8] und erbfähig[9] sein. Eine ungültige letztwillige Ernennung kann aber, mit Ausnahme des Falles, wo sie wegen Unfähigkeit des Ernannten ungültig ist (§ 434 Ziff. 1 u. c.), von der Obervormundschaftsbehörde bestätigt werden[10]. Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Ernennung vom Vater ꝛc. ausgegangen ist, ohne Weiteres, Tauglichkeit des Ernannten vorausgesetzt[11]; wenn von der Mutter, nur unter der Voraussetzung gleichzeitiger Erbeseinsetzung des Kindes durch dieselbe[12]; wenn von einem Fremden, nur unter dieser und unter der ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat[13]. Die Bestätigung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der Obervormundschaftsbehörde[14].

Senatsbeschlusses: l. 29 D. 26, 2, l. 18 § 1 D. 48, 10. Sintenis a. a. O. Anm. [12].

[7] L. 12—15 D. 26, 2, § 4 I. 1, 14. Rudorff I S. 287 fg. — Beschränkung durch Bedingung und Befristung ist zulässig: l. 8 § 1. 2. l. 11 pr. D. 26, 2, § 3 I. 1, 14.

[8] L. 20 pr. D. 26, 2, § 27 I. 2, 20.

[9] L. 21 D. 26, 2.

[10] Dig. 26, 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod. 5, 29 de confirmando tutore. Einzelne Fälle der Bestätigung aus den Quellen: l. 1 § 1 D. 26, 3, l. 13 § 12 D. 27, 1; § 5 I. 1, 13, l. 7 pr. D. 26, 3 l. 4 C. 5, 29, Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. 26, 3; l. 3 D. 26, 3, l. 2 C. 5, 29; l. 6 D. 26, 3, l. 40 D. 26, 7; l. 29 D. 26, 2, l. 18 § 1 D. 48, 10; l. 26. l. 31 D. 26, 2. — Der Ausdruck confirmatio, obgleich in den Quellen durchgehends gebraucht, und daher auch hier in der deutschen Bezeichnung festgehalten, ist ungenau. Durch die confirmatio wird nicht die letztwillige Ernennung zu einer gültigen gemacht, sondern der confirmirte Vormund ist ein obrigkeitlich berufener, l. 26 § 2 D. 26, 2. l. 18 § 1 D. 48, 10. Dieß (obgleich bestritten, vgl. Rudorff I S. 329 fg, Vangerow § 264 Anm. a. E., Sintenis § 147 [39]) ist deßwegen nicht weniger wahr, weil der confirmirte Vormund auf Grund des, wenn auch ungültigen, letzten Willens in einzelnen Beziehungen behandelt wird wie ein letztwillig berufener l. 11 pr. D. 26, 3, l. 32—34 D. 27, 1, l. 5 § 2 D. 34, 9, l. 2. 3, l. 11 § 1 D. 26, 3, Vat. fr. § 159. 211. 246. Die Analogie der l. 25 C. 5, 16 (I. § 83 [2]) hier zur Geltung zu bringen, ist äußerst bedenklich. Aber während sonst die obrigkeitliche Berufung nur in Ermangelung der gesetzlichen eintritt, tritt sie hier vor derselben ein: hierin liegt die rliche Bedeutung der Confirmation.

[11] Nach r. R. wurde in diesem Falle auch die Tauglichkeit des Ernannten einer weiteren Prüfung nicht unterzogen, l. 1 § 2 D. 26, 3, § 5 I. 1, 13. Anders nach heutigem Re, nach welchem ohne eine solche Prüfung überhaupt kein Vormund zugelassen wird (§ 436 [2]).

[12] L. 4 D. 26, 2, l. 4 C. 5, 28 (Vangerow I S. 493).

[13] L. 4 vgl. l. 5 D. 26, 3. Fremder ist auch der Vater gegenüber dem unehelichen Kinde, l. 7 pr. D. 26, 3. Rudorff I S. 317 [11], Vangerow I S. 492 (7. Aufl.), Nov. 89 c. 14.

2. Gesetzliche Berufung[15] tritt ein: a) wenn gar keine letztwillige Ernennung vorliegt, oder die vorliegende ungültig ist und nicht bestätigt wird[15a]; b) wenn die Wirksamkeit der letztwilligen Ernennung durch eine ihr zugefügte Bedingung oder Befristung definitiv ausgeschlossen ist[16]; c) wenn der letztwillig ernannte Vormund stirbt[17]. Wenn dagegen der letztwillig ernannte Vormund ablehnt, oder zur Verwaltung der Vormundschaft untauglich ist oder wird, oder abgesetzt wird, so tritt nicht gesetzliche, sondern sofort obrigkeitliche Berufung ein[18]. — Berufen werden durch das Gesetz die nächsten Verwandten, in derjenigen Ordnung, in welcher sie zur Erbschaft berufen werden[19], jedoch mit folgenden Maßgaben. a) Berufen werden nur männliche Verwandte. Es können aber Mutter oder Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, daß ihnen mit Ausschluß aller Seitenverwandten

---

[14] In einigen Stellen wird zwar nur gesagt, daß die Obrigkeit bestätigen dürfe, oder zu bestätigen pflege, l. 1 § 1. 3. l. 4 D. 26, 3, l. 2 C. 5, 29. Aber andere Stellen reden zu bestimmt von einem Bestätigenmüssen, als daß an dem im Text aufgestellten Satz gezweifelt werden dürfte. S. § 5 I. 1, 13, l. 3. 6 D. 26, 3 l. 4 C. 5, 29, l. 26 § 2 D. 26, 2, l. 18 § 1 D. 48, 10; vgl. auch l. 16 D. 27, 10, l. 7 § 5 C. 5, 70. Das Gewicht dieser Stellen wird auch durch l. 3 C. 5, 29 nicht aufgehoben, zu welcher zu vergleichen sind die Stellen in § 437 [1b]. — Andere unterscheiden je nach den verschiedenen Fällen der Ungültigkeit zwischen einer confirmatio voluntaria und necessaria (vgl. Glück XXIX S. 281, Rudorff I S. 331, Sintenis III S. 198 in der Anm.); aber diese Unterscheidung findet in den Quellen keine Rechtfertigung, da die Quellen in Beziehung auf einen und denselben Fall sich in wechselnder Weise ausdrücken. — Der Bestätigungspflicht auf Seiten der Obervormundschaftsbehörde entspricht auf Seiten des Ernannten ein R. auf Bestätigung, welches nöthigenfalls durch Rmittel geltend gemacht werden kann (vgl. § 435 [8]).

[15] Glück XXIX S. 315 fg, Rudorff I S. 186 fg., Kraut I S. 244 fg, Stobbe IV S. 478 fg.

[15a] S. Note [10] fg.

[16] L. 11 pr. D. 26, 2, l. 9 § 2 D. 27, 3, § 1 I. 1, 20. Bei Schweben der aufschiebenden Bedingung und vor Eintritt der aufschiebenden Befristung wird durch die Obrigkeit ein interimistischer Vormund ernannt ([25]).

[17] L. 11 § 3 D. 26, 2, l. 6 D. 26, 4, § 2 I. 1, 15. S. aber auch l. 11 § 4 D. 26, 2, l. 4 C. 5, 36.

[18] L. 11 § 1. 2 D. 26, 2, l. 10 § 7 D. 27, 1, l. 17 D. 26, 1.

[19] Das R. vor der Nov. 118 berief zur Vormundschaft, mit einzelnen Ausnahmen zu Gunsten der Cognaten, die Agnaten (Inst. 1, 15, Dig. 26, 4, Cod. 5, 30, Rudorff I S. 206 fg.); die bezeichnete Novelle aber, nachdem sie bestimmt hat, daß für das Erbr. lediglich die Cognation entscheiden solle, verfügt in c. 5: „unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure . .". Vgl. Sf. IV. 15.

die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel obrigkeitlich übertragen werde[20]. b) Vater und Großvater haben ein Ausschlußrecht gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern[21]; steht der Mündel in ihrer Gewalt, so werden sie vor den Geschwistern berufen[21a]. — Wenn der in der Berufungsordnung zunächst Stehende wegen Unfähigkeit nicht berufen wird, oder wenn der Berufene stirbt, so rückt die gesetzliche Berufung auf den Folgenden weiter, während im Falle der Ablehnung, Untauglichkeit oder Absetzung des Berufenen sofort obrigkeitliche Berufung eintritt[22].

3. Obrigkeitliche Berufung[23] tritt ein: a) wenn weder eine letztwillige noch eine gesetzliche Berufung vorliegt[24], oder so lange es noch

---

[20] Nov. 118 c. 5, und vgl. die Stellen in § 434 [4]. a) Mutter und Großmutter können verlangen, daß ihnen die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen werde; das Gesetz beruft sie nicht, sondern gibt ihnen ein R. auf Berufung. b) Dieses R. steht ihnen nur zu „amissis viris" und gegen Verzicht auf „aliae nuptiae" (§ 434, 1, a), l. 2 C. 5, 35, Nov. 118 c. 5; daher schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus. c) Die Mutter geht dem Großvater vor, die Großmutter concurrirt mit dem Großvater der anderen Linie; denn das Gesetz gibt der Mutter und Großmutter Anspruch auf die Vormundschaft „secundum hereditatis ordinem". Doch sind die Meinungen hier verschieden. Glück S. 59 fg., Vangerow S. 496, Rudorff I S. 258.

[21] Dieses R. ist in der Nov. 118 c. 5 nicht ausdrücklich anerkannt; aber es lag gewiß nicht in Justinian's Sinne, daß Vater und Großvater in einer schlechteren Lage sein sollten, als Mutter und Großmutter. Er setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß ein Bedürfniß zur Vormundschaft sich erst durch den Tod des Inhabers der väterlichen Gewalt ergibt („testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas"). Die Analogie der Mutter und Großmutter führt aber über ein dem Vater und Großvater zustehendes Ausschlußrecht nicht hinaus, so daß also die Berufung der Regel gemäß mit ihnen auch Geschwister- und Geschwisterkinder trifft, und die Vormundschaftspflicht, wenn Vater und Großvater von ihrem Ausschlußr. keinen Gebrauch machen wollen, auch diesen letzteren obliegt. — Doch herrscht auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung der Ansichten. Während Andere dem Vater und Großvater allen Vorzug vor den Geschwistern und Geschwisterkindern absprechen, lassen noch Andere umgekehrt zwar nicht den Vater und Großvater überhaupt, aber doch den pater und avus emancipator mit Ausschluß der Geschwister und Geschwisterkinder berufen werden, indem sie nämlich annehmen, daß durch die Nov. 118 zwar die legitima tutela agnatorum, nicht aber die legitima tutela des Emancipators (Inst. 1, 18. 19) aufgehoben worden sei. Aber diese Behauptung ist unvereinbar mit der vollkommenen Gleichstellung der Berufung zur Erbschaft und zur Vormundschaft, welche das Princip der Justinianischen Neuerung bildet ([19]). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. S. 297 fg., Rudorff S. 243, Vangerow § 267 Anm., Sintenis § 147 [44].

[21a] Dieß ist nach der Art, wie sich l. 8 § 1 C. 6, 61 und l. 7 pr. C. 5, 70 ausdrücken, nicht zu bezweifeln. Vgl. § 432 [5].

[22] L. 17 D. 26, 1, l. 10 § 7 D. 27, 1, und arg. l. 11 § 1—3 D. 26, 2.

ungewiß ist, ob eine solche vorliegt[25]; b) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund[26] die Vormundschaft ablehnt[27], oder zur Verwaltung derselben untauglich ist oder wird[28], oder abgesetzt wird[29]; c) im Fall des Todes des letztwillig oder gesetzlich Berufenen bei Ermangelung einer gesetzlich zu berufenden Person[30]. Die obrigkeitliche Berufung kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung[31], wohl aber für einen vorübergehenden Bedürfnißfall[32] erfolgen; auch kann sie auf bestimmte Sachen[33] oder Geschäfte[34] beschränkt werden. Zuständig für die Berufung ist das die Obervormundschaft führende Gericht; berufen kann dasselbe nur Personen, welche seinem Gerichtszwang unterworfen sind[35]. Die Berufung erfolgt von Amtswegen[36];

[23] Inst. 1, 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. 26, 5 de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5, 34 qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt. — Glück XXIX S. 400 fg., Rudorff I S. 338 fg., Kraut I S. 278 fg. — Der von der Obrigkeit berufene Vormund wird in unseren Quellen als tutor oder curator dativus, seine Tutel als tutela dativa bezeichnet, l. 7 D. 46, 6, l. 5 C. 5, 30, l. 51 [52] pr. C. 1, 3. Bei Gai. I, 154 und Ulp. XI, 14 wird auch der im Testamente ernannte Tutor tutor dativus genannt.

[24] — „si cui nullus omnino tutor sit". Gai. I, 185, pr. I. 1, 20. Eine ungültige letztwillige Berufung ist zwar rlich keine Berufung, schließt aber auf Verlangen des Bezeichneten die gesetzliche Berufung aus ([10]). Eine ungültige gesetzliche Berufung gibt es nicht.

[25] L. 10 pr. l. 11 pr. D. 26, 2, § 1 I. 1, 20.

[26] An und für sich gilt der Grundsatz: tutorem (curatorem) habenti tutor (curator) non datur. L. 6 C. 5, 34, l. 9 C. 5, 31, l. 4 C. 5, 36, l. 10 D. 26, 5, l. 37 D. 27, 1; l. 10 C. 5, 34. Rudorff I S. 377. Aber dieser Grundsatz wird im Bedürfnißfall verlassen. (Auch schloß er für die Römer die Bestellung eines curator neben einem tutor nicht aus, § 5 I. 1, 23.)

[27] L. 4 C. 5, 36, l. 11 § 1 D. 26, 2.

[28] § 5 I. 1, 23, l. 17 D. 26, 1, l. 13 pr. eod., l. 10 § 7 D. 27, 1, l. 4 C. 5, 36, l. 6 C. 5, 43.

[29] L. 4 C. 5, 36, l. 11 § 2 D. 26, 2.

[30] L. 4 C. 5, 36, l. 11 § 3 D. 26, 2.

[31] L. 77 D. 50, 17, l. 6 § 1 D. 26, 1. Vgl. l. 6 § 4 eod.

[32] S. z. B. l. 10 pr. l. 11 pr. D. 26, 2; l. 10 § 7 D. 27, 1, l. 9 § 2 D. 27, 3; l. 13 pr. D. 27, 1; l. 1 C. 5, 36, § 2 I. 1, 25; l. 28 § 2 D. 27, 1, l. 2 D. 26, 5, l. 17 § 1 D. 49, 1, l. 7 C. 5, 43.

[33] L. 27 pr. D. 26, 5, l. 21 § 2—4 D. 27, 1, l. 2. 11 C. 5, 62, l. 3. 5. C. 5, 36, l. 9 § 9 D. 26, 7; l. 8 § 1 C. 6, 61, Nov. 117 c. 1.

[34] Hierher gehört namentlich der Vormund, welcher gegeben wird, wenn ein Proceß zwischen dem Mündel und dem ordentlichen Vormund geführt werden soll. Cod. 5, 44 de in litem dando tutore vel curatore, § 3 I. 1, 21. Rudorff I S. 389 fg. S. ferner Nov. 72 c. 2; l. 7. 9 D. 26, 5, l. 61 pr. D 23, 3. (Gai. I, 176—179. 180, Ulp. XI, 20. 22.)

jedoch sind die Intestaterben und Pupillarsubstituten des Mündels verpflichtet[37], um Bestellung eines Vormundes für denselben binnen Jahresfrist nachzusuchen, bei Strafe des Verlustes ihres Erbrechts, wenn der Mündel vor Erreichung der Testamentsmündigkeit gestorben ist[38].

[1. Im BGB. ist die Bestellung des Vormundes immer eine obrigkeitliche. Es sind nur gewisse Personen als Vormünder in der Art berufen (1776), daß sie nicht ohne besondere Gründe übergangen werden dürfen (1778).

a. Berufen in diesem Sinne ist in erster Linie auch nach BGB. der testamentarisch (1777 Abs. 3) Benannte, und zwar zuerst der vom (ehelichen) Vater, dann der von der ehelichen Mutter Benannte (1776 Abs. 1 Ziff. 1. 2). Der Vater oder die Mutter haben das Benennungsrecht aber nur, wenn ihnen zur Zeit ihres Todes die elterliche Gewalt über das Kind zusteht. Es muß nicht nothwendig die völlig ungeschmälerte elterliche Gewalt sein; aber das Vertretungsrecht in persönlichen und Vermögensangelegenheiten muß vorhanden sein (1777 Abs. 1). Der Vater kann für den Postumus den Vormund benennen, wenn er ihn nach dem Vorigen benennen könnte, falls das Kind vor seinem Tode geboren wäre (1777 Abs. 2).

b. Nach den testamentarisch Berufenen sind berufen die Großväter des Mündels und zwar zuerst derjenige väterlicherseits; sodann derjenige mütterlicherseits (1776 Abs. 1 Ziff. 3. 4). Dieß gilt auch zu Gunsten des Vaters der unehelichen Mutter, aber nicht (1589 Abs. 2) zu Gunsten des Vaters des unehelichen Vaters. Im Falle einer Annahme an Kindesstatt bleibt die Berufung der Großväter bestehen, wenn der Annehmende der Ehegatte des leiblichen Vaters oder der leiblichen Mutter ist. Hat aber ein Anderer den Mündel an Kindesstatt angenommen, so sind die Großväter nicht berufen (1776 Abs. 2 S. 1). Man hat erwogen, daß in einem solchen Falle der Angenommene seiner natürlichen Familie mehr oder weniger entfrembet wird und häufig in ganz andere Verhältnisse kommt (Mot. IV S. 1050 fg.). Auch dann sind die Großväter nicht berufen, wenn derjenige, von welchem der Mündel abstammt, von einem Andern als dem Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter an Kindesstatt angenommen ist, und die Wir-

---

[35] L. 5 C. 5, 34, l. 3 D. 26, 5; l. 24 D. 26, 5.

[36] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 1. v. 1577 Tit. 32 § 1. Das r. R. sieht es als die Regel an, daß die Obrigkeit erst auf gestellten Antrag thätig wird. Vgl. mit Rudorff I S. 406 Glück XXX S. 93 fg. Darauf beruht auch, was in den Quellen über die Rangordnung der zur Erbittung eines Vormundes Berechtigten gesagt wird. L. 2 § 3 D. 26, 6, l. 4. 10 C. 5, 31. Rudorff I S. 417 fg.

[37] Dig. 26, 6 qui petant tutores et ubi petantur. Cod. 5, 31 qui petant tutores vel curatores.

[38] L. 2 § 1. 2. l. 4 D. 26, 6 l. 2 § 23 sqq. D. 38, 17, § 6 I. 3, 3, l. 11 C. 5, 31, l. 10 C. 6, 58, l. 3 C. 6, 56. Die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Strafe ist nicht unbestritten. Vgl. Glück XXX S. 139 fg., Rudorff I S. 435. 436, Kraut I S. 283, Sintenis § 147 [96], Stobbe IV § 270 [8. 9].

kungen der Annahme sich auf den Mündel erstrecken (1776 Abs. 2 S. 2). Mot. IV S. 1051 nehmen auch auf den Fall Rücksicht, daß der an sich berufene Großvater selbst den Enkel an Kindesstatt annimmt. Angesichts des § 1741 ist dieß nur möglich, wenn jemand das Kind seiner unehelichen Tochter annimmt, oder nach dem Tode der ehelichen Tochter deren uneheliches Kind. Nach den Mot. soll in diesen Fällen der Großvater, wenn trotz seiner Stellung als Adoptivvater Vormundschaft nöthig wird, zwar berufen sein, aber nach § 1778 Abs. 1 (E. I § 1637 Abs. 1) übergangen werden können. Diese Ansicht war nach der Fassung von E. I § 1635 Abs. 2 richtig, nach der Fassung des Gesetzes (1776 Abs. 2) ist der Großvater nicht berufen, da er nicht Ehegatte der Mutter des Kindes ist. Das Ergebniß, welches auch die Motive in solchen Fällen anstreben, daß nämlich der von der Fürsorge für das Kind als Adoptivvater Ausgeschlossene auch nicht als Großvater Vormund werden soll, wird auf diesem Wege sicherer erreicht.

Von einer gesetzlichen Berufung der Mutter ist deßhalb keine Rede, weil sie normaler Weise nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt hat, und eine Vormundschaft überall nicht eintritt. Hat aber die eheliche Mutter aus besonderen Gründen die elterliche Gewalt nicht, oder ruht dieselbe, oder ist sie so beschränkt, daß Vormundschaft nöthig wird, so verbietet es sich, die Mutter als Vormünderin zu berufen. Der unehelichen Mutter, welche die elterliche Gewalt nicht hat, ist auch kein Recht auf die Vormundschaft verliehen; sie darf aber vor dem Großvater (ihrem Vater) bestellt werden (1778 Abs. 3).

c. Die Berufenen des § 1776 dürfen ohne ihre Zustimmung nur übergangen werden, wenn sie unfähig oder untauglich (1780—1784) sind, oder an der Uebernahme thatsächlich verhindert sind, oder dieselbe verzögern, oder ihre Bestellung das Interesse des Mündels gefährden würde (1778 Abs. 1). Bei einer nur vorübergehenden Verhinderung können sie nach dem Wegfall des Hindernisses verlangen, an Stelle des bisherigen Vormunds bestellt zu werden (1778 Abs. 2). Für eine Ehefrau darf der Mann vor allen nach § 1776 Berufenen bestellt werden; für ein uneheliches Kind die Mutter vor dem mütterlichen Großvater (s. ob. b.); die übrigen nach § 1776 Berufenen kommen bei dem unehelichen Kinde nicht in Betracht.

d. Ist die Vormundschaft nicht einem nach § 1776 Berufenen zu übertragen, so wählt das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Gemeindewaisenraths (1779 Abs. 1) und nach Anhalt von § 1779 Abs. 2.]

β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft.*

§ 434.

Wer unfähig zur Vormundschaft ist, wird vom Gesetz nicht berufen, die letztwillige oder obrigkeitliche Berufung eines Unfähigen ist nichtig. Wer untauglich zur Vormundschaft ist, wird trotz der erfolgten Berufung zur Vormundschaft nicht zugelassen bez. von derselben entfernt[1].

* Glück XXIX S. 50 fg., Rudorff II S. 17 fg., Stobbe IV S. 484 fg.

1. Unfähig zur Vormundschaft sind[2]:

a) Personen weiblichen Geschlechts[3]. Jedoch können Mutter und Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen zur Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zugelassen zu werden, wenn sie zu gerichtlichem Protokoll 1) versprechen, sich nicht wieder verheirathen zu wollen, 2) dem Vellejanischen Senatsbeschluß und den übrigen weiblichen Rechtswohlthaten entsagen, 3) den Mündeln ihr gesammtes Vermögen ausdrücklich verpfänden[4]. Schreiten sie gegen ihr Versprechen dennoch zur zweiten Ehe, so verlieren sie die Vormundschaft wieder[5].

b) Minderjährige[6]. Sind dieselben jedoch letztwillig ernannt, so wird ihnen die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aufbewahrt, und es wird einstweilen ein interimistischer Vormund ernannt[7].

c) Soldaten; mit Ausnahme der von einem Mitsoldaten übertragenen Vormundschaften[8].

---

§ 434. [1] Die Neueren (vgl. Glück XXXI S. 192 fg., Rudorff II S. 15, Sintenis § 146 [1]) sprechen im Fall der Untauglichkeit von einer excusatio necessaria. Diese Bezeichnung, obgleich nicht ohne Anhalt in den Quellen (l. un. C. 5, 68 [67], § 11 I. 1, 25, Vat. fr. § 202; l. 1 § 3 D. 3, 1, l. 11 D. 50, 2), empfiehlt sich insofern nicht, als sie die Vorstellung zu erregen geeignet ist, daß der Untaugliche sich wegen Versäumniß der Vormundschaftspflichten verantwortlich mache, wenn er nicht um Entbindung von der Vormundschaft nachsuche; was nicht richtig ist. L. 13 § 12 D. 27, 1 (vv. aut quos non oportet). Rudorff II S. 195.

[2] Andere zählen hierher außer den im Folgenden Genannten auch Bischöfe und Mönche, nach Nov. 123 c. 5. Aber das c. R. (c. 4 C. 16 qu. 1) hat dieser Novelle das ältere R. der l. 51 [52] pr. C. 1, 3 vorgezogen. S. Glück XXXI S. 300—325, Rudorff II S. 109—111.

[3] L. 1 C. 5, 35, l. 18 D. 26, 1, l. 26 pr. D. 26 2, l. 1 § 1. l. 3 § 4. l. 10 D. 26, 4, l. 21 pr. D. 26, 5. Ueber l. 16 pr. D. 26, 1 s. Rudorff I S. 250 [16]. [RG. XXXVII S. 187.]

[4] L. 2. 3 C. 5, 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155, Nov. 118 c. 5. Emmerich ZS. f. CR. u. Pr. III S. 201 fg. Vgl. § 433 [20]. In Betreff der Verpflichtung zur Vermögensverpfändung s. noch I § 232 [4]. Ueber uneheliche Kinder s. Emmerich a. a. O. S. 208—209, Sintenis § 146 [4]. — Besonderes R. der Nov. 117 c. 1: s. § 517 [24].

[5] Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

[6] L. 5 C. 5, 30, § 13 I. 1, 25.

[7] L. 32 § 2 D. 26, 2, l. 10 § 7 D. 27, 1, § 2 I. 1, 14. Vor Justinian ([6]) wurde es auch bei der gesetzlichen Berufung so gehalten, l. 10 § 7 D. 27, 1, 9 § 1 D. 27, 3. Rudorff II S. 21 glaubt, daß es auch nach neuestem R. so sei. Die Sache ist allerdings nicht zweifellos.

[8] L. 4 C. 5, 34, l. 23 § 1 D. 27, 1; vgl. § 14 I. 1, 25. Vangerow S. 502. Vgl. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

d) Nach dem Reichsstrafgesetzbuch sind unfähig, jedoch nicht unbeschränkt, die Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind [8a].

2. Die Entscheidung über die Tauglichkeit des Berufenen ist im Allgemeinen dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde überlassen. Dieselbe hat zu erwägen, ob nicht in Beziehung auf den Berufenen ein Grund vorliegt, welcher eine Gefährdung der Interessen des Mündels befürchten läßt [9]. Als einzelne Gründe dieser Art werden in den Quellen genannt [10]: Geistesstörung [11]; Taubheit, Stummheit, Blindheit [12]; Krankheit und Altersschwäche [13]; schlechter Lebenswandel [14]; Armuth [15]; Feindschaft mit dem Mündel oder dessen Vater [16]; Hinzudrängung zur Vormundschaft [17]; Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel [18], mit Ausnahme jedoch der Mutter

[8a] Nicht unfähig sind sie zur Vormundschaft über Descendenten, jedoch muß die obervormundschaftliche Behörde ihre Genehmigung ertheilen. StGB. § 34 Nr. 6.

[9] L. 3 § 12 D. 26, 10: — „et generaliter, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reicere eum debebit". § 5 I. 1, 23.

[10] Nicht ausdrücklich genannt ist Interdiction wegen Verschwendung; aber es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch diese Untauglichkeitsgrund ist. S. auch l. 12 § 2 D. 26, 5 und l. 5 C. 5, 30 („Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est"). Rudorff II S. 21.

[11] L. 11. 17 D. 26, 1, l. 10 § 3 D. 26, 2, l. 12 pr. D. 27, 1.

[12] L. 1 § 2. 3. l. 17 D. 26, 1, l. 10 § 1. l. 11 D. 26, 4, l. 3 C. 5, 34, l. 1 C. 5, 68 [67].

[13] L. 13 pr. D. 26, 1, l. 10 § 8 D. 27, 1.

[14] L. 8. l. 10 D. 26, 3.

[15] L. 6 C. 5, 43.

[16] L. 3 § 12 D. 26, 10, l. 6 § 17 D. 27, 1, l. 8. 10 D. 26, 3, § 11 I. 1, 25. Unter denselben Gesichtspunkt gehört § 12. I. eod., l. 6 § 18 D. 27, 1, l. 27 § 1 D. 26, 2 (Streit über den Status zwischen dem Vormund und dem Vater des Mündels oder dem Mündel selbst).

[17] L. 21 § 6 D. 26, 5.

[18] Nov. 72 c. 1—4 und daraus Auth. *Minores* C. 5, 34. Nov. 72 c. 3. cit.: — ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praebeamus". Dieser Untauglichkeitsgrund hat aber folgendes Eigenthümliche: der Berufene soll ihn während der Excusationsfrist (§ 435 [3]) geltend machen; thut er dieß nicht, so wird ihm zwar die Vormundschaft nicht genommen, aber er verliert zur Strafe seine Forderung, und wird als Schuldner durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht befreit. Wird der Vormund Gläubiger erst während der Vormundschaft, so wird ihm nur ein anderer Vormund beigeordnet, — „ut custodiat ille, ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in

und Großmutter[19]. — Abgesehen von dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde ist untauglich zur Vormundschaft: a) wer durch die Eltern des Mündels letztwillig von der Vormundschaft ausgeschlossen ist[20]; b) der Ehemann der Ehefrau gegenüber, der Bräutigam der Braut gegenüber, der Schwiegervater der Schwiegertochter gegenüber[21, 22].

[1. Nach BGB. kann man als unfähig bezeichnen diejenigen, welche nicht zum Vormund bestellt werden können: Geschäftsunfähige und wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (welche nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind); ihre Bestellung ist nichtig (1780).

2. Als untauglich lassen sich diejenigen bezeichnen, welche nicht bestellt werden sollen: Minderjährige, Personen unter vorläufiger Vormundschaft nach § 1906, Personen unter Gebrechlichkeitspflegschaft in Vermögensangelegenheiten, Gemeinschuldner während des Concurses, solche, welche der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, soweit nicht das RStGB. (in der Fassung des Art. 34, I EG. z. BGB.) ein anderes ergibt (1781); endlich wer von dem Vater oder der Mutter unter den Vorbedingungen des Benennungsrechts letztwillig ausgeschlossen ist (1782).

Eine Frau, die mit einem Andern als dem Vater des Mündels verheirathet ist, soll nur mit Zustimmung ihres Mannes (1783), ein Beamter oder Religionsdiener nur mit der landesgesetzlich vorgeschriebenen Erlaubniß bestellt werden (1784). In Kraft bleibt Reichsmilitärgesetz § 41. Für Reichsbeamte ist Einholung einer Erlaubniß zur Uebernahme der Vormundschaft reichsrechtlich nicht vorgeschrieben. Die Motive (IV S. 1073) deuten zweifelnd an, daß in dieser Beziehung die im § 19 Abs. 1 des Reichsbeamtengesetzes enthaltene Verweisung auf das Staatsbeamtenrecht des Wohnorts des Reichsbeamten (eventuell auf das seines Heimathsstaates, eventuell auf preußisches Recht) maßgebend sei. M. E. ist dieß zutreffend.

Die Bestellung eines Untauglichen ist wirksam, s. aber 1886 bis 1888 und dazu unt. zu § 437 unter 2. Verhältniß der Unfähigkeits- und Untauglichkeitsgründe zu den Ablehnungsgründen s. unt. zu § 435 unter 3.]

---

medio ulla malignitas" (c. 2 cit.). Vgl. Seuffert AEPra. XII S. 301 fg. Sf. X. 268, XII. 47, XIX. 101, XXVI. 249.

[19] Nov. 94 pr. c. 1.

[20] L. 21 § 2 D. 26, 5, l. un. C. 5, 47.

[21] L. 1 § 5 D. 27, 1, l. 4. 17 C. 5, 62, l. 2 C. 5, 34, vgl. l. 14 D. 27, 10. Ueber die Meinung, daß nach heutigem R. (r. R.: l. 32 § 1 D. 1, 7, l. 2 C. 5, 6, l. 3 C. 5, 58) auch der Stiefvater nicht Vormund seiner Stiefkinder sein könne, s. Glück XXIX S. 121 fg., Rudorff II S. 42. 43, Sintenis § 147 [51], Sf. XII. 276.

[22] Sehr verbreitet ist in Doctrin und Praxis die Meinung, daß nach heutigem R. auch Juden nicht Vormünder von Christen sein können. Das r. R. schließt sie nicht aus, l. 15 § 6 D. 27, 1. Aber man beruft sich auf die Analogie von l. 19 C. 1, 9 und c. 18 X. 5, 6. Glück XXIX S. 109,

γ. Ablehnung.*

§ 435.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist an und für sich Bürgerpflicht [1]. Doch gibt es Gründe, welche zur Ablehnung der Vormundschaft berechtigen [2]. Ein solcher Ablehnungsgrund muß bei Strafe des Verlustes binnen gehöriger Frist [3] vor der Obervormundschaftsbehörde [4] geltend gemacht werden, und wird er verworfen [5],

---

Rudorff II S. 35. Gegenwärtig ist die Frage durch das Reichsgesetz vom 3./7. 1869 erledigt, vgl. I § 55 [2].

* Inst. 1, 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. D. 27, 1 de excusationibus. Cod. 5, 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. Cod. 5, 63—69. — Glück XXXI S. 161 fg. XXXII S. 3 fg., Rudorff II S. 43 fg., Stobbe IV S. 487 fg. Vgl. Pernice Parerga II S. 25 fg.

[1] Die Vormundschaft ist „publicum munus" pr. I. 1, 25. Ausnahme für den Vater und den Großvater, welche kraft der väterlichen Gewalt berufen werden, § 432 [5], § 433 [21a]. Bei der Mutter und Großmutter (§ 434 [4]) ist es noch anders: sie werden gar nicht berufen, wenn sie es nicht verlangen. § 435.

[2] Die Ablehnung der Vormundschaft heißt in den Quellen technisch excusatio. Auch die Berechtigung zur Ablehnung, sowie der Grund, auf welchem sie beruht, wird so genannt. — Im älteren r. R. konnte man sich von der obrigkeitlichen Vormundschaft auch durch Vorschlagung einer passenderen Person (potioris nominatio) befreien. Im Justinianischen R. ist dieses Institut verschwunden. Rudorff II S. 9. 10, Pernice a. a. O. S. 25. — Wegen l. 13 pr. D. 27, 1 und § 16 I. 1, 25 ist behauptet worden, daß das R. der Excusation nur gegenüber der letztwilligen und obrigkeitlichen, nicht gegenüber der gesetzlichen Berufung zur Anwendung komme; aber s. l. 2 § 5. l. 20. l. 30 § 2 D. 27, 1, l. 3 § 8 D. 26, 4, l. 1. 4 C. 5, 30, l. 9 C. 5, 34, Nov. 118 c. 5, und zur Erklärung der Ausdrucksweise in den oben genannten Stellen l. 1 § 1 D. 49, 4. Glück XXXI S. 181 fg., Rudorff II S. 12 fg.

[3] L. 1 § 1 D. 26, 7, l. 19 C. 5, 37, l. 11 C. 5, 34. Die Frist ist nach r. R. eine gesetzliche, und beträgt: a) für die Anbringung, wenn der Berufene am Berufungsort seinen Wohnsitz hat, 50 Tage, wenn dieß nicht der Fall ist, 30 Tage und für je 20 (römische) Meilen der Entfernung 1 Tag, vorausgesetzt daß sich bei dieser Berechnung mehr als 50 Tage ergeben. Die Frist läuft von dem Tage an, wo der Berufene von der Berufung Kenntniß erlangt hat. Von da wird zwar nicht weiter taugliche Zeit (utile tempus) gerechnet; doch wird es dem Berufenen nachgesehen, wenn er „propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum, vel aliam quam similem", die Frist versäumt hat. L. 13 § 1—10 D. 27, 1. l. 6 C. 5, 62, § 16 I. 1, 25, l. 3 pr. D. 50, 16. b) Für die Durchführung der ganzen Sache läuft eine Frist von 4 Monaten, ebenfalls a die scientiae. L 38. 39 D. 27, 1. — Daß diese Fristen heutzutage nicht mehr beobachtet werden, vielmehr die Gerichte eine Frist nach ihrem Ermessen bestimmen, lehren Glück XXXII S. 109, Sintenis § 148 [77], Rudorff II S. 190, Kraut I S. 243.

[4] L. 2. 6 C. 5, 62.

so haftet der Vormund auch für die Zwischenzeit [6]. In bestimmten Fällen kann ein an und für sich begründetes Ablehnungsrecht nicht geltend gemacht werden [7]. Die einzelnen Ablehnungsgründe sind folgende [8]:

1. Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes [9].

2. Verwaltung des Vermögens des Fiscus oder des Landesherrn [10].

3. Aufnahme in den geheimen Rath des Landesherrn [11].

4. Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; auch nach der Rückkehr dauert dieser Ablehnungsgrund noch ein Jahr [12].

5. Geistliches Amt [13].

6. Oeffentliche wissenschaftliche Lehrthätigkeit, oder ärztlicher Beruf [14].

---

[5] Rmittel: l. 13 pr. D. 27, 1, l. 3. 6 C. 5, 62; l. 1 § 2 D. 49, 8, Cod. 5, 63, § 20 I. 1, 25, l. 11 § 2 D. 4, 4. Vgl. l. 37 D. 27, 1.

[6] L. 20. l. 39 § 6 D. 26, 7, l. 15. 23 C. 5, 63.

[7] Diese Fälle, welche sich sämmtlich mehr oder minder dem Gesichtspunkte des Verzichtes unterordnen, sind folgende: a) der Vormund hat dem Vater des Mündels versprochen, sich der Vormundschaft unterziehen zu wollen, l. 15 § 1 D. 27, 1, § 9 I. 1, 25; b) er hat die Vormundschaft bereits zu führen begonnen, l. 2 C. 5, 63, Vat. fr. § 154; c) er hat seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben, l. 29 D. 26, 2, l. 18 § 1 D. 48, 10; d) er hat ein ihm in dem ernennenden letzten Willen ausgesetztes Vermächtniß angenommen, l. 5 § 2. D. 34, 9. Von der andern Seite verliert der Vormund alles ihm in seiner Eigenschaft als Vormund Hinterlassene, wenn er der letztwilligen Ernennung gegenüber von einer ihm zustehenden Ablehnung Gebrauch macht. L. 5 § 2 cit., l. 32—36 pr. D. 27, 1. l. 27 eod., l. 28 pr. D. 26, 2, l. 3 D. 37, 14, l. 111 D. 30

[8] Heutzutage unanwendbar sind die in l. 6 § 13 D. 27, 1, l. 8 § 12 D. 27, 1, l. 17 § 1 D. 27, 1, l. 17 § 2. 3. l. 26. l. 41 § 3. l. 46 D. 27, 1, l. 24 C, 5, 62, l. 13 C. 5, 64 genannten Ablehnungsgründe. Ebenso unanwendbar ist der römische Satz, daß der tutor des impubes nicht curator des minor zu werden brauche (§ 18 I. 1, 25, l. 16 D. 27, 1, l. 20 C. 5, 62), weil heutzutage die Erreichung der Pubertät einen Wechsel in der Person des Vormundes nicht begründet (§ 432 [11]), Kraut II S. 163 fg. — Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

[9] § 3 I. 1, 25, l. 6 § 14. l. 17 § 4. 5. l. 22 § 1. l. 41 § 1 D. 27, 1, l. 6 § 16. l. 23 pr. eod. Zu l. 22 § 1 cit. vgl. Vat. fr. § 136.

[10] § 1 I. 1, 25, l. 41 pr. D. 27, 1 l. 10 C. 5, 62. Vgl. l. 8 C. 5, 62; Sf. XII. 46.

[11] L. 30 pr. D. 27, 1, l. 11 § 2 D. 4, 4.

[12] § 2 I. 1, 25, l. 10 pr. — § 3 D. 27, 1, l. 2 C. 5, 64, vgl. l. 38 § 1 D. 4, 6, l. 4 D. 50, 5.

[13] L. 51 [52] pr. C. 1, 3. Vgl. § 434 [2].

[14] § 15 I. 1, 25, l. 6 § 1—12 D. 27, 1. In Betreff von l. 1. 2 C. 10, 66 [64] s. Rudorff II S. 132.

7. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach vollendeter Dienstzeit; frühere Entlassung, nach dem fünften Jahre, gibt nur Befreiung auf Zeit [15].

8. Eine größere Anzahl leiblicher Kinder [16]. Enkel von einem verstorbenen Sohne zählen für Eine Person, Enkel von Töchtern gar nicht [17], Kinder, welche vor dem Feinde geblieben sind, werden mitgezählt [18].

9. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß die von den Söhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§ 444 Note 6), mit gerechnet werden [19]. Doch ist, was die Zahl der Vormundschaften angeht, dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde freier Spielraum gelassen [20].

10. Verschiedenheit des Wohnorts, oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens [21].

11. Armuth, welche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten nicht gestattet [22].

12. Krankheit, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert [23].

13. Alter von 70 Jahren [24].

---

[15] L. 8 D. 27, 1, Cod. 5, 65 de excusationibus veteranorum. Gegen Söhne und Töchter von Kameraden wirkt die Befreiung nur ein Jahr lang, nach dieser Zeit nur so weit, daß nicht mehr als Eine Vormundschaft auf einmal übernommen zu werden braucht, l. 8 pr. D. 27, 1.

[16] Nach r. R. in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5. Pr. I. 1, 25, l. 2 § 2—8. l. 36 § 1. l. 37 D. 27, 1, l. 1. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5, 66, Heutzutage nimmt man gewöhnlich die Zahl von 5 an. Glück XXXI S. 224, Rudorff II S. 146. 147. Vgl. aber auch Sintenis § 148 [35]. — Als Belohnung der Kindererzeugung im Sinne der lex Iulia und Papia Poppaea darf diese Befreiung nicht aufgefaßt werden. Vat. fr. § 170. Daher wird auch ihre heutige Anwendbarkeit mit Unrecht bezweifelt. Sf. IX. 175, XVII. 66.

[17] Pr. I. 1, 25, l. 2 § 7 D. 27, 1.

[18] Pr. I. 1, 25, l. 18 D. 27, 1.

[19] § 5 I. 1, 25, l. 2 § 9 — l. 6 pr. l. 15 § 15. 16. l. 31 D. 27, 1. Cod. 5, 69 qui numero tutelarum.

[20] L. 17 pr. l. 31 § 4 D. 27, 1.

[21] L. 46 § 2. l. 10 § 4. l. 21 § 2. 3 D. 27, 1 l. 11 C. 5, 62. Glück XXXII S. 59 fg., Rudorff II S. 171 fg., Sintenis § 148 Nr. 7.

[22] § 6 I. 1, 25, l. 7. l. 40 § 1 D. 27, 1, l. 6 § 19 eod. (Rudorff II S. 54). Vgl. § 434 [15].

[23] § 7 I. 1, 25. l. 10 § 8. l. 45 § 4 D. 27, 1. Cod. 5, [68] 67 qui morbo se excusant. Vgl. § 434 [12. 13].

14. Mangel der zu einer Geschäftsführung erforderlichen Fähigkeiten [25].

15. Ernennung durch den Vater aus Feindschaft [26].

Zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigen von diesen Gründen nur die unter Ziff. 3. 10. 11 genannten [27], und der unter Ziff. 4 genannte dann, wenn die Abwesenheit eine Abwesenheit jenseits des Meeres ist, sonst gilt die Befreiung nur für die Dauer der Abwesenheit [28]. Ferner berechtigt zur Niederlegung der Vormundschaft Veränderung des Wohnsitzes auf Befehl des Landesherrn, wenn dieser die Vormundschaft gekannt hat [29].

[1. Auch nach BGB. ist die Uebernahme der Vormundschaft Pflicht jedes Deutschen (1785) bei Meidung von Ordnungsstrafen (1788) und des Schadensersatzes im Falle des Verschuldens (1787). Verpflichtet ist aber nur, wer vom Vormundschaftsgericht nach § 1779 ausgewählt wird (1785), nicht der nach § 1776 Berufene. Es ist also im Falle der Ablehnung des Zuerstberufenen an den Nächstberufenen zu gehen. Erst nach Erschöpfung der Reihe der Berufenen durch Ablehnungen oder Uebergehungen nach § 1778 hat das Vormundschaftsgericht die Auswahl gemäß § 1779, kann nun aber sehr wohl Jemanden, der als Berufener abgelehnt hat, seinerseits auswählen, und dann ist er zur Uebernahme des Amts verpflichtet. Wird Jemand unter Uebergehung eines Berufenen ausgewählt, so kann der Ausgewählte sich nicht darauf berufen, daß die Uebergehung mit Unrecht stattgefunden habe, und es somit zu seiner Wahl nicht hätte kommen dürfen. Die unrechtmäßige Uebergehung kann nur von dem Uebergangenen gerügt werden; nur in seine Rechte greift sie ein (vgl. 1778 Abs. 1, Ges. üb. d. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. § 20 Abs. 1. § 60 Abs. 1. Ziff. 1. Abs. 2).

2. Ein Ablehnungsgrund muß bei Meidung des Verlustes vor der Bestellung (d. h. vor der Verpflichtung [1789]) geltend gemacht werden (1786 Abs. 2). Erklärt das Vormundschaftsgericht die Ablehnung für unbegründet, so hat der in Anspruch genommene die sofortige Beschwerde (Ges. üb. d. Angeleg. der freiw. Gerichtsbarkeit § 60 Abs. 1 Ziff. 2. § 20), muß aber auf Verlangen des Gerichts die Vormundschaft vorläufig übernehmen (1787 Abs. 2).

Ablehnen können nach § 1786 Abs. 1: Frauen ausnahmslos (Ziff. 1), wer das sechzigste Lebensjahr vollendet hat (Ziffer 2), wer mehr als vier minderjährige eheliche Kinder hat; in fremde Adoption gegebene zählen aber nicht (Ziff. 3), wer

[24] § 13 I. 1, 25, l. 2 pr. D. 27, 1, l. 3 [4] D. 50, 6, Cod. 5, 67 [68] qui aetate se excusant. Ueber l. 3 C. qui aetate [vel professione] se excusant 10, 49 [50] s. Glück XXXII S. 55 fg., Rudorff II S. 48 fg.

[25] § 8 I. 1, 25, l. 6 § 19 D. 27, 1. Glück XXIX S. 114 fg., Rudorff II S. 54 fg.

[26] § 9 I. 1, 25.

[27] L. 11 § 2 D. 4, 4, l. 11. 40 D. 27, 1.

[28] L. 11 § 2 D. 4, 4, l. 10 § 2 D. 27, 1, l. 1 C. 5, 64.

[29] L. 12 § 1 D. 27, 1.

an einer Krankheit oder einem Gebrechen leidet, welche die ordnungsmäßige Führung der Vormundschaft hindern (Ziff. 4), wessen Wohnsitz vom Sitz des Vormundschaftsgerichts so entfernt ist, daß die Vormundschaft nicht ohne besondere Belästigung geführt werden kann (Ziff. 5), wer zur Sicherheitsleistung aus § 1844 angehalten wird (Ziff. 6), wer mit einem andern zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft bestellt werden soll (Ziff. 7) und zwar wegen der bei solcher Gemeinschaft möglicher Weise eintretenden persönlichen Unannehmlichkeiten und wegen der Gefahr, des Mitverschuldens wegen schuldhafter Handlungen des Andern geziehen zu werden (Mot. IV S. 1075); endlich wer schon mehr als eine Vormundschaft oder Pflegschaft führt; Vormundschaft oder Pflegschaft über mehrere Geschwister gilt als eine, zwei Gegenvormundschaften sind gleich einer Vormundschaft (Ziff. 8).

Die Ablehnungsgründe berechtigen den Vormund, wenn sie nachträglich eintreten, Entlassung zu verlangen; nur kommt Ziff. 1 dabei natürlich nicht in Betracht, und wegen einer neuen Vormundschaft (Ziff. 8) kann nicht eine frühere abgeschüttelt werden (1889).

3. Die Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft tritt auch dann nicht ein, wenn ein Unfähigkeitsgrund oder ein Untauglichkeitsgrund vorliegt (1785). Man kann aber nicht sagen, daß der Vormund wegen solcher Gründe ein Ablehnungsrecht hat. Der Vormund kann vor allem, wenn das Hinderniß beseitigt werden kann (1783. 1784), der Beseitigung nicht widersprechen. Er kann auf das Hinderniß selbst hinweisen, auch gegen die Verfügung, durch welche seine darauf gestützte Weigerung zurückgewiesen wird, sofortige Beschwerde einlegen (Ges. üb. d. Angel. der freiw. Gerichtsbark. § 60 Abs. 1 Ziff. 2. § 20 Abs. 1); denn die Verfügung greift in seine Rechte ein, weil er zur Uebernahme der Vormundschaft nicht verpflichtet ist. Die Geltendmachung des Unfähigkeits- oder Untauglichkeitsgrundes wird aber nicht durch Versäumniß gemäß § 1786 Abs. 2 abgeschnitten. Vgl. insbes. 1886 a. E. u. s. unt. zu § 437 unter 2, b. Die Verantwortung aus § 1787 Abs. 1 trifft natürlich denjenigen, der sich der Uebernahme der Vormundschaft unter schuldhaft falscher Berufung auf einen Unfähigkeits- oder Untauglichkeitsgrund geweigert hat. Zur vorläufigen Uebernahme der Vormundschaft gemäß § 1787 Abs. 2 ist aber gewiß nicht der Unfähige verpflichtet, und wohl auch nicht der Untaugliche.]

3. Antritt *.

§ 436.

Der zur Vormundschaft (gültig) Berufene ist Vormund durch die Berufung; er wird nicht erst Vormund durch die Erklärung, die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Daher liegt die Vormundschaftspflicht ihm von der Zeit an ob, wo er von der Berufung erfahren hat [1]. Da er aber nach heutigem Recht die Befugniß zur

* Glück XXX S. 152 fg., Rudorff II S. 211 fg., Kraut I S. 242 fg. II S. 118 fg., Stobbe IV S. 475. 489 fg.

[1] L. 1 § 1. l. 5 § 10. l. 17. l. 58 § 2 D. 26, 7, l. 8 C. 5, 37, l. 5 C. 5, 38. § 436.

Verwaltung der Vormundschaft erst durch die von der Obervormundschaftsbehörde für ihn ausgefertigte Bestallung erlangt [2, 3], so besteht heutzutage die ihm vorher obliegende Pflicht nur in der ungesäumten Auswirkung dieser Bestallung [4]. — Bei der Bestallung muß der Vormund die Erfüllung der vormundschaftlichen Pflichten eidlich angeloben [5]; er muß ferner dem Mündel Sicherheit leisten [6], und über das vorhandene Vermögen ein öffentliches Verzeichniß errichten [7].

[Nach BGB. erfolgt die Bestellung des Vormundes dadurch, daß er von dem Vormundschaftsgerichte zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft verpflichtet wird. Die Verpflichtung soll mittels Handschlags an Eidesstatt

---

[2] R. P. O. Tit. 32 (31) § 2: — „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". S. g. confirmatio iuris Germanici, im Gegensatz der römischen Confirmation, durch welche der Mangel einer ungültigen letztwilligen Berufung geheilt wird (§ 433 [10] fg.). Glück XXIX S. 305 fg., Rudorff II S. 211—213, Kraut I S. 235 fg. Die römische Confirmation ist Bedingung der Berufung; die deutsche setzt geschehene Berufung voraus. Daher macht die Unterlassung der Nachsuchung um die römische Confirmation nicht verantwortlich, wohl die Unterlassung der Nachsuchung um die deutsche. Dieß ist nicht gehörig gewürdigt bei Kraut I S. 258. 262, s. auch Stobbe IV S. 474. 478. Thatsächlich fallen allerdings beide Confirmationen, wo die eine und die andere vorkommt, zusammen. — Das für den Vormund ausgefertigte Decret nennt man tutorium oder curatorium.

[3] Eine Ausnahme macht man für den kraft der väterlichen Gewalt eintretenden Vater oder Großvater (§ 432 [5], § 433 [21a]). Rudorff I S. 182, Sintenis III § 141 [62 a. E.]. Eine Ausnahme pflegt man ferner für den Fall der Noth zu gestatten. Glück XXIX S. 306. 313, Kraut I S. 239.

[4] Abgesehen von dem Fall der Noth (Note [3]). Vgl. l. 7 pr. D. 26, 7.

[5] R. P. O. Tit. 32 (31) § 3: l. 7 § 4—7 C. 5, 70, Nov. 72 c. 2. 8. Rudorff II S. 229.

[6] Das r. R. erließ die Caution dem tutor testamentarius und a magistratu ex inquisitione datus (pr. I. 1, 24); aber die R. P. O. Tit. 32 (31) § 2. 3 hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das R., oder Richter gegeben... rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue". Wegen der letzteren Worte verlangt man heutzutage nicht mehr, wie das r. R. thut (l. 4 § 1 D. 46, 6, l. 7 D. 46, 5), Caution durch Bürgschaft, sondern läßt auch Pfandbestellung zu. Glück XXX S. 161 fg., Rudorff II S. 213 fg., Kraut II S. 121 fg.

[7] L. 24 C. 5, 37, l. 13 C. 5, 51, R. P. O. Tit. 32 (31) § 3. Die Strafe der Versäumung ist Absetzung und Zulassung des Mündels zum Würderungseid, l. 7 pr. D. 26, 7, l. 4 C. 5, 53, l. 13 § 1 C. 5, 51. Befreiung durch Verfügung des das Vermögen hinterlassenden Erblassers: l. 13 § 1 C. 5, 51, Glück XXX S. 184—215, Rudorff II S. 242 fg., Kraut II S. 121—122, Stobbe IV S. 499—500. Sf. V. 192. VI. 225.

erfolgen (1789); die Verletzung dieser Vorschrift macht also die Bestallung nicht ungültig. Bestallung im Sinne des BGB. ist die Urkunde über die Stellung als Vormund, welche der Vormund erhält (1791). Sicherheitsleistung hat nicht allgemein zu erfolgen, sondern nur auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts aus besonderen Gründen (1844). Vermögensverzeichniß s. 1802].

b. Beendigung der Vormundschaft *.

§ 437.

Die Vormundschaft wird beendigt:

1) durch den Tod des Vormundes oder des Mündels [1];

2) dadurch, daß der Mündel großjährig wird [2], oder für großjährig erklärt wird [3], für gewisse Erwerbe auch dadurch, daß er unter väterliche Gewalt tritt [4. 5];

3) dadurch, daß die Beschränkung sich geltend macht, unter welcher die Berufung erfolgt ist [6];

4) durch Ablehnung und Niederlegung der Vormundschaft, wo dieselbe gestattet ist (§ 435) [7];

---

* Inst. 1, 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5, 60 quando tutores vel curatores esse desinant. — Glück XXXI S. 29 fg., Rudorff III S. 120 fg. 232 fg., Kraut II S. 162 fg.

[1] L. 4 pr. D. 27, 3, § 3 I. 1, 22, l. 16 § 1 D. 26, 1, l. 17 C. 2, 18 [19], l. 1 C. 5, 73. — Capitis diminutio nach r. R. § 1. 4 I. 1, 22, l. 14 pr. — § 2 D. 26, 1, l. 7 pr. D. 4, 5 (s. über diese Stelle die bei Vangerow § 288 Anm. Genannten und diesen selbst). § 437.

[2] L. 4 pr. D. 27, 3, pr. I. 1, 22, § 432 [1].

[3] L. 3 C. 2, 44 [45]. Glück XXXI S. 145 fg., Kraut II S. 168 fg.

[4] Für das s. g. peculium adventicium ordinarium, nicht für das peculium adventicium extraordinarium und für das peculium castrense und quasi castrense. Vgl. l. 14 pr. D. 26, 1, § 1 I. 1, 22 und § 432 [5].

[5] Kraut II S. 172 fg. behauptet, daß die Vormundschaft auch durch Verheirathung des Mündels aufhöre (bei der Frau unabhängig davon, ob sie unter eheliche Vormundschaft trete oder nicht), mit Berufung auf älteres deutsches R. (a. a. O. S. 89 fg.) bez. gemeines Gewohnheitsr. (S. 178. 181). Dawider Stobbe IV S. 509—511; Sf. VII. 276, XIII. 99. Vgl. aber auch das. XVI. 96

[6] Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher, des Zeitpunktes, bis zu welchem der Vormund im Testamente ernannt ist: l. 14 § 3. 5 D. 26, 1, § 5 I. 1, 22. Aufhören des Bedürfnißfalles, für welchen, Beendigung des Geschäftes, für welches die Obrigkeit einen Vormund bestellt hat: § 433 [33. 34].

[7] Es wird behauptet, daß nicht schon durch die Excusation selbst (richterliche Anerkennung derselben), sondern erst durch die Ernennung eines neuen Vormundes die Vormundschaft des Excusirten aufhöre. v. Löhr Mag f. RW. u. Gesetzg. III S. 46 fg., Rudorff I S. 403. Diese Behauptung wird aber weder durch die übrigen Quellenzeugnisse bewiesen, welche man für dieselbe

5) durch Absetzung des Vormundes [8]. Dieselbe wird durch die Obervormundschaftsbehörde von Amtswegen verfügt [9], wenn der Vormund durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit das Wohl des Mündels gefährdet [10], oder sein Lebenswandel von der Art ist, daß eine solche Gefährdung zu befürchten steht [11], oder die Mutter oder die Großmutter ohne vorher die Vormundschaft niedergelegt zu haben, zur zweiten Ehe schreitet [12]. Auch wegen bloßer Unfähigkeit kann Absetzung erfolgen [13]; die Obervormundschaftsbehörde kann sich aber in diesem Falle auch auf die mildere Maßregel beschränken, den Unfähigen einfach zu ersetzen [14], oder ihm einen Nebenvormund beizuordnen [15]. Aus bewegenden Gründen kann sie diese mildere Maßregel selbst im Falle der Arglist eintreten lassen [16].

---

geltend gemacht hat, noch auch durch Gai. I, 182, wo keine Nöthigung vorliegt, das „quo facto" (so ist nach Studemund zu lesen) ausschließlich auf die Ernennung des neuen Vormundes zu beziehen. Vgl. l. 14 § 4 D. 26, 1. Uebrigens hört jedenfalls mit dem zuerst bezeichneten Zeitpunkt, wie auch anerkannt wird, R. und Pflicht der Vormundschaft auf, und so ist die ganze Frage sehr unpraktisch. Vgl. noch Sintenis § 147 [69].

[8] Inst. 1, 26 Dig. 26, 10 Cod. 5, 43 de suspectis tutoribus vel (et) curatoribus. — Glück XXI S. 41 fg., Rudorff III S. 176 fg., Kraut I S. 402–405.

[9] R. P. O. Tit. 32 (31) § 3: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Aufsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen". Unter den „Obrigkeiten", von welchen hier gesprochen wird, können keine anderen gemeint sein, als die im Vorhergehenden genannten, welche den Vormund einsetzen, bestellen, und zur Rechnungsablage anhalten sollen. Nach r. R. war die „suspecti cognitio" Attribut der ordentlichen höheren Gerichtsbarkeit, trat aber von Amtswegen nur außerordentlicherweise ein, setzte vielmehr regelmäßig eine „suspecti accusatio" voraus. Rudorff a. a. O. Ausgeschlossen ist die letztere auch heutzutage nicht. Vgl. Glück XXXI S. 95. 128, Kraut I S. 404. — Auch hier (vgl. [7]) streitet man, ob schon die Absetzung, oder erst die Einsetzung des neuen Vormundes die Vormundschaft beendige (Rudorff III S. 198), obgleich hier l. 14 § 4 D. 26, 1 den Zweifel hätte ausschließen sollen.

[10] § 5. 6. 10 I. 1, 26, l. 3 § 5. 16—18. l. 4 § 4. l. 7 § 1. 3 D. 26, 10, l. 1—6. l. 9 C. 5, 43.

[11] § 13 I. 1, 26. „Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit". L. 8 D. 26, 10.

[12] Nov. 22 c. 40 i. f., Nov. 94 c. 2 i. f.

[13] L. 3 § 18 D. 26, 10 nennt: segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. S. auch l. 3 § 12 eod.

[14] L. 17 D. 26, 1.

[15] § 5 I. 1, 23, l. 13 pr. D. 26, 1, l. 10 § 8 D. 27, 1, l. 6 C. 5, 43. Vgl. Sf. IV. 129.

[1. Im BGB. endigt die Vormundschaft objectiv:

a) Wenn die Voraussetzungen ihrer Anordnung (1773) wegfallen (1882), also wenn der Mündel volljährig oder für volljährig erklärt (3) wird, oder unter elterliche Gewalt tritt, oder der Inhaber der elterlichen Gewalt das ihm bis dahin fehlende Vertretungsrecht in persönlichen oder in Vermögensangelegenheiten oder in beiden erhält (Beendigung des Ruhens der elterlichen Gewalt, Aufhebung einer Entziehungsmaßregel des Vormundschaftsgerichts [1671]). Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht in die vollen Fürsorgefunctionen tritt, so wird statt der Vormundschaft nun eine Pflegschaft nöthig (1909). Hat der Minderjährige wegen unermittelten Familienstandes einen Vormund erhalten, so endet die Vormundschaft nicht mit jeder Ermittelung des Familienstandes, sondern natürlich nur, wenn die Ermittelung ergibt, daß der Mündel nicht vormundschaftsbedürftig ist. Im anderen Falle kann nur möglicher Weise ein Wechsel in der Person des Vormundes eintreten, nämlich wenn in Folge der Ermittelung des Familienstandes ein zur Vormundschaft Berufener sich ergibt. Unter elterliche Gewalt tritt das Kind durch Legitimation oder Annahme an Kindesstatt. Wenn es aber durch nachfolgende Ehe legitimirt wird, so kann man die Vormundschaft nicht von selbst endigen lassen, weil die Gefahr der Unsicherheit darüber besteht, ob der Mann, welcher die Mutter heirathet, auch der Vater des Kindes ist. Darauf beruhen die Vorschriften des § 1883, wonach die Vormundschaft erst dann endigt, wenn die Vaterschaft rechtskräftig festgestellt ist, oder das Vormundschaftsgericht die Aufhebung der Vormundschaft nach Sachprüfung und im Anhalt an § 1883 Abs. 2 besonders angeordnet hat.

b) Daß die Vormundschaft mit dem Tode des Mündels endigt, ist selbstverständlich. Ist der Mündel verschollen, so endigt die Vormundschaft erst mit Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht, welche einzutreten hat, wenn dem Gericht der Tod des Mündels bekannt wird (1884 Abs. 1). Im Falle der Todeserklärung ist diese Aufhebung nicht nöthig, sondern die Vormundschaft endigt von selbst mit Erlaß des Todeserklärungsurtheils (1884 Abs. 2). Sie endet hiermit wirklich und erscheint nicht bloß vermuthungsweise wegen der Todesvermuthung (18) als beendigt. Lebt der für todt Erklärte noch, so kann es nur zur Einleitung einer neuen Vormundschaft kommen. Eine Rückdatirung des Endes der Vormundschaft auf den Zeitpunkt, der als Todeszeit gilt, findet nicht statt; sie wäre sachwidrig, da sie die inmittels vorgenommenen Handlungen des Vormundes als nicht legitimirt darstellen würde.

2. Das Amt des Vormundes endigt:

a) Selbstverständlich mit seinem Tode, vgl. 1894; ferner dadurch, daß er entmündigt wird, gleichviel aus welchem Grunde (1885 Abs. 1), weil jede Entmündigung den Vormund vormundschaftsunfähig macht (1780). Wird der Vormund für todt erklärt, so endigt sein Amt wirklich, nicht bloß vermuthungsweise, mit Erlaß des Urtheils (1885 Abs. 2). Selten wird diese Beendigungsart in Frage kommen. Denn da es für den Mündel offenbar gefährdend ist, einen verschollenen Vormund zu haben, so wird das Vormundschaftsgericht regelmäßig

---

[16] L. 1 § 5. l. 3 § 18. l. 9 D. 26, 10. Absetzung wegen Arglist hatte nach r. R. Infamie zur Folge, § 6 I. 1, 26, l. 3 § 18 cit. l. 9 C. 5, 43.

den Verschollenen nach § 1886 entlassen. (Bekanntmachung gemäß § 16 Abs. 2 des Ges. üb. d. Angeleg. d. freiw. Gerichtsbark., vgl. § 60 Abs. 1 Ziff. 3 das., durch öffentliche Zustellung, CPO. 203 fg. 208).

b) Der Vormund kann entlassen werden. Dieß hat zu geschehen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes, das Interesse des Mündels gefährden würde, oder wenn einer der Untauglichkeitsgründe des § 1781 (s. ob. S. 124) vorliegt; der Grund muß nicht erst nach der Bestellung eingetreten sein (1886).

Eine zum Vormund bestellte Frau kann das Vormundschaftsgericht entlassen, wenn sie sich verheirathet (1887 Abs. 1), wegen der damit oft verbundenen großen Veränderungen ihrer Verhältnisse (Mot. IV S. 1200). Die Entlassung muß erfolgen, wenn der Ehemann, der nicht Vater des Mündels ist, seine Zustimmung zur Fortführung der Vormundschaft versagt. Die Zustimmung des Ehemannes, der nicht Vater des Mündels ist, zur Uebernahme einer Vormundschaft durch die Frau (1783) oder zur Fortführung einer solchen, welche ihr bei der Eheschließung bereits obliegt, ist aber widerruflich; daher muß Entlassung der Frau auch dann eintreten, wenn solcher Widerruf erfolgt. Endlich kann Entlassung nöthig werden, weil die Bestellung in Erwartung der nachträglichen Zustimmung des Mannes erfolgt war, die Zustimmung aber versagt wird (1887 Abs. 2).

Ebenso ist ein Beamter oder Religionsdiener (vgl. 1784) zu entlassen, wenn er in Erwartung der landesrechtlich erforderlichen Erlaubniß bestellt wurde und diese versagt wird, wenn die ertheilte Erlaubniß zurückgenommen wird, wenn zur Fortführung einer vor Eintritt in das Amts- oder Dienstverhältniß übernommenen Vormundschaft die landesrechtlich erforderliche Erlaubniß versagt oder zurückgenommen wird, endlich wenn landesrechtlich zur Uebernahme oder Fortführung der Vormundschaft zwar keine positive Erlaubniß nöthig ist, wohl aber die Fortführung der (vor oder nach Beginn des Dienstverhältnisses übernommenen) Vormundschaft untersagt werden kann und die Untersagung erfolgt (1888; vgl. Prot. d. II. Comm. S. 6485. 6486).

Der Vormund ist auf seinen Antrag aus wichtigem Grunde zu entlassen, insbesondere wegen nachträglichen Eintritts einer der Ablehnungsgründe in § 1786 Abs. 1 Ziff. 2—7 (1889). Ziff. 1 ist nicht genannt, weil der Grund nicht später eintreten kann, Ziff. 8 nicht, weil billiger Weise nicht durch Hinzutreten einer späteren Vormundschaft die ältere verdrängt werden kann, sondern es Sache des Vormundes ist, die neue abzulehnen.

Der Vormund muß entlassen werden, wenn ein vor ihm Berufener nach Wegfall eines vorübergehenden Hindernisses an seiner Statt bestellt zu werden verlangt (1778 Abs. 2).

Bei der Bestellung kann die Entlassung vorbehalten werden, nicht nur für den Fall des Eintritts eines der im Vorigen genannten Entlassungsgründe, sondern überhaupt für den Fall, daß ein bestimmtes Ereigniß eintritt oder nicht eintritt (1790). Hiermit erhält das Vormundschaftsgericht freie Hand, nach Lage des Falles andere Entlassungsgründe vorzubehalten und den Beschwerde-Streit darüber, ob ein bestimmtes schon bei der Bestellung als möglich vorausgesehenes Ereigniß einen Entlassungsgrund nach § 1886 geben würde, hintanzuhalten.]

c. Rechtsverhältniß.

α. Verpflichtungsverhältniß zwischen Vormund und Mündel *.

aa. Im Allgemeinen.

§ 438.

Die Verpflichtungen, welche die Vormundschaft für den Vormund, wie für den Mündel erzeugt [1], stehen unter freiem richterlichem Ermessen [2]. Der Hauptsache nach aber ist:

1) der Vormund verpflichtet, die Interessen des Mündels in allen Beziehungen nach besten Kräften wahrzunehmen [3], namentlich das Vermögen des Mündels zu verwalten, und dasselbe dem Mündel nach beendigter Vormundschaft auf Grund einer von ihm zu legenden Rechnung herauszugeben [4]. Bei Allem, was der Vormund thut oder

---

* Dig. 26, 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. 27, 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. 27, 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5, 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 5, 38 de periculo tutorum et curatorum. 5, 51 arbitrium tutelae. 5, 58 de contrario iudicio tutelae. [Lapart étude sur la reddition des comptes de tutelle. Th. de Toulouse 1895.]

[1] Den Verpflichtungen aus der tutela dienten bei den Römern die actio tutelae directa und contraria. Die actio aus der cura minoris wurde zwar äußerlich nicht an die actio tutelae, sondern an die actio negotiorum gestorum angeschlossen (l. 3 § 5 D. 3, 5, l. 4 § 3. l. 13 i. f. D. 27, 3, l. 1 C. 4, 26, l. 7 C. 5, 51, l. 17 C. 2, 18 [19]), aber in allem Wesentlichen, und namentlich was den Grad der vom Vormund zu prästirenden Sorgfalt angeht, wie die actio tutelae behandelt (l. 33 pr. D. 26, 7, Nov. 72 c. 8, l. 17 C. 2, 18 [19], s. ferner l. 25 D. 27, 3, l. 20 C. 5, 37), so daß sie andererseits doch wieder utile tutelae iudicium (l. 2 C. 5. 54), ja geradezu tutelae iudicium (l. 3 C. 5, 51, vgl. auch l. 1 § 2. 3 D. 27, 3), genannt wird. In l. 11 D. 26, 8 ist von einem tutelae curationisve iudicium, in Rubr. titt. Dig. 27. 3. 4 von einer utilis curationis causa actio die Rede. Nur in einer Beziehung erkannte das r. R. zwischen der Klage gegen den tutor und der Klage gegen den curator einen materiellen Unterschied an; aber auch dieser hat für das heutige R. keine Geltung mehr. S. darüber Note [17]. Vgl. zu dem in dieser Note Gesagten jetzt auch Wlassak zur Geschichte der negotorium gestio S. 85 fg. [[Alibrandi Bull. dell' istit. di dir. rom. II p. 151 s. vgl. Gradenwitz Grünh. ZS. XVIII S. 341 [7].]]

[2] Die actiones tutelae sind actiones bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 38 pr. D 17, 2.

[3] R. P. O. Tit. 32 [31] § 3: — „alles . . handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet".

[4] L. 1 § 3 D. 27, 3, l. 9 C. 5, 51. Sf. X. 63, vgl. XXII. 135—137 und Citate das. In Betreff der Rechnungslegung vgl. noch Sf. XXV. 211, und über die Verpflichtung zur Rechnungslegung überhaupt Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg.

nicht thut[4a], haftet er nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[5]; in Ausnahmefällen steigert oder mindert sich seine Verantwortlichkeit[6]. Im Fall der Arglist und groben Nachlässigkeit hat nach römischem Recht der Mündel das Recht auf den Würderungseid[7]; im Fall der Unterschlagung trifft nach römischem Recht den Vormund die Strafe des doppelten Sachwerths[8]. Beides

---

[4a] Daß nach r. R. der Vormund, welcher sich der Vormundschaft gar nicht angenommen hat, nur mit utilis actio haftet (l. 4 § 3. 7 D. 46, 6, l. 39 § 11 D. 26, 7, l. 37 § 1 D. 27, 1), hat lediglich rhistorische Bedeutung. Vgl. Rudorff III S. 8—10, Wlassak a. a. O. S. 106 fg., Pernice Parerga II S. 27. [Derselbe Sav.-ZS. XIX S. 166 fg.]

[5] L. 1 pr. D 27, 3. „In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam". L. 57 pr. D. 26, 7 (Vangerow § 274), Nov. 72 c. 8. Der Vormund haftet also an und für sich wegen levis culpa, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien (§ 265, 6). So erklären sich Stellen wie l. 10. l. 33 pr. l. 39 § 7 D. 26, 7, l. 23 C. 5, 37, l. 7 C. 5, 51; l. 4 D. 27, 8. Ueber die Stellen, welche andererseits die Verpflichtung des Vormundes auf lata culpa zu beschränken scheinen (l. 2 C. 5, 51, l. 2 C. 5, 55), s. Hasse Culpa S. 265—268, Rudorff III S. 70. 74. Ueber das Ganze: Hasse a. a. O. S. 253 fg., Rudorff S. 69 fg.

[6] Er haftet ohne die bezeichnete Milderung, wenn er sich zur Vormundschaft zugedrängt hat, l. 54 [53] § 3 D. 47, 2. Er haftet bloß wegen lata culpa beim Ankauf von Grundstücken für Mündelgeld, l. 7 § 2 D. 26, 7. Allerdings ist diese letztere Ausnahme äußerst befremdend; allein eine andere Erklärung der l. 7 § 2 cit. scheint nicht möglich. Vgl. Hasse a. a. O. S. 264, Glück XXX S. 259, Rudorff III S. 75; jedoch auch Sintenis § 149 [35 a. E.]. Eine andere Ausnahme nach derselben Richtung wird von Manchen aus l. 2 C. 5, 51 hergeleitet; s. darüber Note [5]. Glück XXX S. 260. Daß der Vormund auch dann nur wegen lata culpa in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm die weitere Verhaftung gültigerweise erlassen worden ist (l. 41 D. 26, 7, l. 20 § 1 D. 34, 3, vgl. l. 9 eod., l. 119 D. 30, l. 72 § 3 D. 35, 1), ist nichts Besonderes; daß aber ein solcher Erlaß gültig auch durch den Vater bei Ernennung des Vormundes geschehen könne, ist ein Satz, welcher zwar in l. 5 § 7 D. 26, 7 anerkannt ist (lata culpa = dolus), der aber für das heutige R., nach welchem die väterliche Ernennung den Vormund auch nicht von der Caution zu befreien im Stande ist (§ 436 [6]) über das vom Vater hinterlassene Vermögen hinaus keine Geltung beanspruchen kann. Vgl. Glück XXX S. 263 fg., Rudorff III S. 108 fg., auch Kraut II S. 154.

[7] L. 2. 5 pr. § 3. l. 8 D. 12, 3; Cod. 5, 53 de in litem iurando.

[8] Das r. R. gab für diesen Fall eine besondere actio, die actio de rationibus distrahendis. L. 1 § 19 — l. 2 D. 27, 3, l. 55 § 1 D. 26, 7. Glück XXXII S. 207 fg., Rudorff III S. 2 fg. Durch die R. P. O. v. 1577 Tit. 32 § 3 („alles bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht") ist diese Strafe bestätigt worden.

fällt heutzutage weg [8a]. Die Erben des Vormundes können aus der gewöhnlichen Nachlässigkeit desselben nicht in Anspruch genommen werden [9]. — Der für eine specielle Thätigkeit bestellte Vormund (§ 433 Note 33. 34) haftet natürlich nur für seine Thätigkeit [9a].

2) Der Mündel ist verpflichtet [10], dem Vormund Alles, und zwar mit Zinsen [11], zu ersetzen, was der Vormund bei der Führung der Vormundschaft [12] im Interesse des Mündels [13] aus seinem Vermögen aufgeopfert hat [14]. Der Vormund kann diesen Anspruch sowohl einredeweise gegenüber dem Anspruch des Mündels als auf dem Wege selbständiger Klage geltend machen [15]. — Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann einen Anspruch, wenn ihm ein solches durch den Vater bei der Ernennung oder durch die Obervormundschaftsbehörde ausgesetzt worden ist [16].

3) Die Ansprüche sowohl des Mündels als des Vormundes können erst nach Beendigung der Vormundschaft klagend verfolgt werden [17]. Doch steht der Vormund auch während der Dauer der

[8a] CPO. § 260 [287], StGB. § 246. 266. Vgl. I § 133 [15], § 326 [4].

[9] L. 12. 49 D. 44, 7, l. 8 § 1 D. 27, 7; l. 4 D. 27, 8, l. 39 § 6 D. 26, 7, l. 1 C. 5, 54, l. 17 C. 2, 18 [19]. Anders natürlich (I § 124 [11]), wenn der Proceß gegen den Vormund bereits begonnen hatte, l. 1 C. cit. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Hasse Culpa Anh. I, Glück XXX S. 276 fg., Rudorff III S. 42 fg.

[[9a] S. noch I § 232 [3]: gesetzliches Pfandr. KO. 54 (jetzt 61) Ziff. 5: Vorr. im Concurse des Vormundes. Das Vorr. besteht auch für eine Forderung des Mündels gegen den Vormund aus beliebigem Grunde, welche in die Verwaltung des Vormundes gekommen ist: Sf. LIII. 140, vgl. RG. XXXIX S. 70 fg.]

[10] Dig. 27, 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5, 58 de contrario iudicio tutelae. Glück XXXII S. 266 fg., Rudorff III S. 119 fg.

[11] L. 3 § 1 — l. 6 D. 27, 4.

[12] L. 33 § 3 D. 26, 7, l. 3 § 8 D. 27, 4.

[13] L. 1 § 6. l. 3 pr. § 7. 8 D. 27, 4, l. 33 § 3 D. 26, 7, l. 3 C. 5, 37, l. 4. C. 5, 44. Vgl. § 430 [17].

[14] L. 1 § 5. l. 3 § 1 D. 27, 4; § 2 I. 3, 27, l. 5 § 1 D. 44, 7; l. 1 § 6. 7 D. 27, 4, l. 2 C. 5, 44.

[15] L. 1 § 4. 8. l. 2. l. 3 pr. D. 27, 4.

[16] L. 37 [38] D. 3, 5; l. 33 § 3 D. 26, 7, l. 1 § 6 D. 27, 3. Glück XXXII S. 87, Rudorff III S. 132, Kraut II S 160, Stobbe IV S. 491 Nr. XII.

[17] L. 1 § 24. l. 4 pr. l. 9 pr. § 4. 5 D. 27, 3. Anders war es im r. R. mit den Ansprüchen des curator minoris und gegen denselben, l. 4 § 3 D. 27, 3, l. 1 § 3 D. 27, 4; obgleich doch schon hier eine Ausnahme für den Anspruch gegen den Curator auf Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens gemacht wird, l. 14. l. 2 C. 5, 37. Nach heutigem R., wo die Vormundschaft über den Geschlechtsreifen einfach als Fortsetzung der Vormundschaft

Vormundschaft unter Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde, welcher er jährlich Rechnung ablegen muß [18], und welche ihn zur Erfüllung seiner Pflichten nöthigenfalls durch unmittelbaren Zwang anhalten kann [19].

bb. Im Besonderen*.

§ 439.

Im Besonderen ist der Vormund verpflichtet:

1) zur Sorge für die Erhaltung des Vermögens des Mündels. Dahin gehören nicht bloß faktische Maßregeln [1], sondern namentlich auch die Veräußerung von überflüssigen und dem Verderb ausgesetzten Sachen [2], die Einziehung von Forderungen, deren Verlust zu befürchten ist [3], die Bezahlung von drückenden Schulden [4]. Daß der Vormund selbst Gläubiger oder Schuldner ist, macht dabei keinen Unterschied [5].

2) Der Vormund muß ferner dafür sorgen, daß von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne jedoch dabei zu einem außergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft verpflichtet zu sein [6]. Namentlich [6a] Geld des Mündels muß der Vormund entweder in fruchttragenden Grundstücken anlegen, oder, wenn dieß nicht ausführbar ist, auf Zinsen ausleihen [7]; säumt er damit [8], so muß er

---

über den Geschlechtsunreifen erscheint, müssen auf jene in dieser Beziehung die Grundsätze der letzteren angewendet werden.

[18] Nach der Bestimmung der RPO. v. 1577 Tit. 32 § 3. Die RPO. v. 1548 Tit. 31 § 3 verlangte jährliche Rechnungslegung nur „auff Forderung der Obrigkeit". Vgl. Stobbe IV S. 506.

[19] Dieß schon nach r. R.: l. 1 pr. l. 7 § 3. 7. 8 D. 26, 7, l. 2 D. 2, 12, l. 9 D. 50, 4, l. 3 C. 5, 43.

* Glück XXX S. 300 fg., Rudorff II S. 357 fg., Stobbe IV § 272.

§ 439. [1] L. 22. 24 C. 5, 37, l. 3 C. 5, 38.

[2] L. 5 § 9. l. 7 § 1 D. 26, 7, l. 22 C. 5, 37, l. 3 C. 5, 38.

[3] L. 15. l. 39 § 14. 16. l. 43 pr. l. 57 pr. D. 26, 7, l. 18. l. 24 i. f. C. 5, 37, l. 2 C. 5, 51. Gesterding ACPra. II S. 234 fg.

[4] L. 9 § 5 D. 26, 7, l. 23 C. 5, 37.

[5] L. 9 § 2. 3. 5 D. 26, 7. Vgl. l. 34 [35] § 3 D. 3, 5.

[6] L. 47 § 6 D. 26, 7. Hat er aber einen solchen Aufwand wirklich gemacht, so darf er den dadurch gezogenen Gewinn nicht für sich behalten, l. 58 pr. eod.

[6a] Grundstücke: l. 32 § 2 D. 26, 7.

[7] L. 24 C. 5, 37, l. 3 § 2. l. 5 pr. l. 7 § 3. l. 8. l. 13 § 1. l. 58 § 1. 3 D. 26, 7, l. 3 C. 5, 56. Die Behauptung Puchta's (§ 349 f), die Vorschrift, daß der Vormund in erster Linie Grundstücke ankaufen solle, sei nur

landesübliche Zinsen als Schadenersatz zahlen [9]. Für Mündelgeld, welches er unredlicherweise in seinem eigenen Nutzen verwendet hat, zahlt er die höchsten erlaubten Zinsen [10].

---

als wirthschaftliche, nicht als rechtliche zu verstehen, und gelte nur, wenn sie durch die Umstände wirthschaftlich gerechtfertigt werde, findet in den genannten Quellenzeugnissen keine Unterstützung. Deutsche Particularre: Stobbe IV S. 502 lit. d. — Justinian hat später (Nov. 72 c. 6) den Vormund von der Verpflichtung, das Geld des Mündels auszuleihen, wofern nur sonst hinreichende Einkünfte vorhanden seien, ganz befreit, dafür aber vorgeschrieben, daß, wenn er das Geld dennoch ausleihen wolle, er dieß auf seine Gefahr thue. Aber diese Vorschrift ist durch eine einmüthige Praxis beseitigt worden. Glück XXX S. 326 fg., Rudorff II S. 367, Kraut II S. 136 fg. Ueber die Nov. 72 c. 6 überhaupt s. Marezoll ACPra. IX S. 40 fg. Glück S. 315 fg., Rudorff S. 365 fg., Sintenis § 149 [35]. — Verantwortlichkeit des Vormundes, wenn er bei der Anlage des Mündelgeldes nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfährt: l. 50 D. 26, 7, vgl. l. 35. l. 44 eod. Vgl. noch Glück S. 328, Kraut S. 139—141. Sf. III. 72, IV. 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Den Beweis der gehörigen Sorgfalt muß der Vormund führen; er ist nicht zur Anlage verpflichtet, sondern zur gehörigen Anlage. S. auch l. 11 D. 22, 3, l. 1 § 13 D. 27, 8, und vgl. § 410 [4 a. E.], § 430 [5 a. E.]. Hesse APraktRW. N. F. XIII S. 26. Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Capital durch außergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem anderen Capital eingetretenen Verlust aufrechnen. Oder mit anderen Worten: er kann verlangen, daß der Mündel entweder alle Capitalien nehme, wie sie sind, schlecht oder gut, oder daß er auf sämmtliche verzichte, wo dann der Vormund nichts zu ersetzen hat, als die ausgeliehenen Summen mit den ortsüblichen Zinsen. L. 7 § 6. l. 16 D. 26, 7. l. 11 § 1 D. 22, 1. Vgl. über diese Stellen Glück XXX S. 331 fg., Rudorff III S. 79. 80, Sintenis § 149 [57]. — Im Allgemeinen vgl. noch F. Hecht die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutschen Staaten. Stuttgart 1875. [Pernice Sav.-ZS. XIX S. 123. 127 fg., 130 fg., 136 fg., 137 fg. (1898).]

[8] Nach l. 7 § 11. l. 15 D. 26, 7 hat der Vormund für vorgefundenes Geld eine Frist von 6, für neu eingenommenes von 2 Monaten. Dieß ist aber zu verstehen vorbehaltlich des Gegenbeweises des Vormundes, daß ihm eine Anlage innerhalb dieser Frist nicht möglich gewesen sei (l. 12 § 4 D. 26, 7, l. 3 C. 5, 56), so wie des Mündels, daß dem Vormund eine frühere Anlage möglich gewesen sei (l. 13 § 1 D. 26, 7: es wird dem Vormund dargethan, daß er sein eigenes Geld angelegt habe). Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 327, Sintenis S. 229 Anm. Col. 2.

[9] L. 7 § 3. 7. l. 58 § 3 D. 26, 7, l. 7 § 10 eod. Höhere Zinsen zahlt der Vormund, wenn der Schaden des Mündels noch größer war, l. 7 § 10 D. 26, 7. Auch zur Strafe kann dem Vormund durch Verfügung der Obervormundschaftsbehörde die Zahlung von höheren Zinsen auferlegt werden, l. 7 § 10 cit. Daß andererseits die Verpflichtung des Vormundes durch die Bestimmung des Erblassers, von welchem das Mündelvermögen herrührt, gemindert werden kann (l. 47 § 4 D. 26, 7), versteht sich von selbst.

[10] L. 7 § 4. 10. 12 D. 26, 7, l. 37 [38] D. 3, 5, l. 3 § 3 D. 27, 4, l. 3 C. 5, 51. Ueber neuere particularrliche Vorschriften vgl. Stobbe

3) Bietet sich dem Mündel Gelegenheit zu einem Erwerbe ohne Aufopferung, so darf der Vormund auch diese nicht vorübergehen lassen, so wie er andererseits haftet, wenn er sich in Beziehung auf einen solchen Erwerb unbesonnen benommen hat [11].

4) Inwiefern der Vormund dem Mündel Ausgaben, welche er aus dessen Vermögen gemacht hat, in Rechnung bringen darf, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, nach welchen sich bestimmt, inwiefern der Vormund von dem Mündel Ausgaben zurückfordern kann, welche er für denselben aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat [12]. Was speciell die Ausgaben für die persönlichen Bedürfnisse des Mündels angeht, so kann der Vormund, wenn er sicher gehen will, sich ein Maß für dieselben von der obervormundschaftlichen Behörde bestimmen lassen [13]; abgesehen hiervon entscheidet auch in Beziehung auf sie das wohlerwogene Interesse des Mündels [14]. Auch zu Liberalitäten im Namen des Mündels ist der Vormund befugt, wenn dieselben von einer sittlichen oder nicht zu umgehenden Anstandspflicht gefordert werden [15].

S. 506 [41]. Unredliche Verwendung ist es nicht, wenn der Vormund selbst das Geld als Darlehn nimmt, l. 9 § 7 D. 26, 7 (vgl. l. 54 eod.). Vgl. Römer ZS. f. HR. XIX S. 71 fg., Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 247, M. Rümelin das Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 159 fg. Nach l. 46 § 2 eod. soll es auch keine unredliche Verwendung sein, wenn der Vormund das Geld in seinem Namen ausleiht; dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Vormund sich in der Vormundschaftsrechnung zu gleichem Betrage als Schuldner des Mündels belaste, so daß dieser Fall genau betrachtet kein anderer ist, als der Fall der l. 9 § 7 cit. (vgl. l. 3 C. 5, 51). Doch bleibt auch die Möglichkeit, die l. 46 § 2 cit. von einem Fall zu verstehen, wo der Vormund nicht das Darlehn in seinem Namen gegeben, sondern bloß die Stipulation auf seine Person gestellt hat (l. 9 pr. eod.). Vgl. l. 7 § 6. l. 16 D. eod. und § 442 [2].

[11] L. 21 C. 5, 37, l. 26 init. eod., l. 39 § 3 D. 26, 7, l. 11 D. 26, 8, l. 3 § 17 D. 26, 10, l. 4 C. 5, 51, l. 7 § 3 C. 5, 70, l. 15 § 9 — l. 18 D. 19, 2, l. 67 § 6 D. 23, 2, l. 11 D. 37, 1. Vgl. Stobbe IV S. 504 lit. i.

[12] § 438 [13]. Im Besonderen: Abtragung von Schulden, l. 9 § 5. 6. l. 32 § 6 D. 26, 7, l. 13 § 2 D. eod., l. 6 § 3. l. 67 § 1 D. 12, 6; Proceßkosten, l. 1 § 9 D. 27, 3, l. 9 § 6 D. 26, 7; Reisekosten, l. 1 § 9 cit.; Honorar eines Sachverständigen, dessen Zuziehung nöthig geworden ist, l. 1 § 7 eod. S. auch l. 1 § 6 eod.

[13] L. 3. l. 2 § 1. 2 D. 27, 2, l. 2 C. 5, 50. Elterliche Bestimmung ersetzt die obervormundschaftliche nicht: l. 2 § 3 D. 27, 2, l. 47 § 1 D. 26, 7.

[14] L. 2 pr. D. 27, 2, l. 1 § 8 D. 27, 3, l. 12 § 3. l. 13 pr. D. 26, 7, l. 2 § 1 D. 27, 2, l. 2 C. 5, 50. Mitgift und Heirathskosten: l. 52 D. 26, 7, l. 9 C. 5, 37, l. 60 D. 23, 3.

[I. Nach BGB. ist der Vormund verpflichtet, für die Person und für das Vermögen des Mündels zu sorgen, ausgenommen in Angelegenheiten, für die ein Pfleger bestellt ist (1793. 1794). Wann ein Pfleger zu bestellen ist, ergibt § 1909. Wird dem Vormund mit Unrecht ein Pfleger zur Seite gestellt, so kann der Vormund, da hiermit in sein Fürsorgerecht eingegriffen wird, gemäß § 20 Abs. 1 des Ges. über die Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit, durch Beschwerde die Beseitigung der Pflegschaft herbeiführen.

1. Die Sorge für die Person unterliegt den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften der §§ 1631—1633 (1800); vgl. ob. S. 64. 84. 106 unter 3. Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß der Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird. Steht aber dem Vater oder der Mutter die Sorge für die Person zu, so gilt dieß nur unter den Voraussetzungen des § 1666 (1838). Der letztere Satz ist natürlich für den Fall geschrieben, daß dem Vater oder der Mutter die Sorge für die Person ohne Vertretungsrecht zusteht (z. B. 1676 Abs. 2. 1696); denn wenn Vater oder Mutter auch das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten haben, kommt es nicht zur Vormundschaft (1773). — S. noch EG. 135. — Die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels kann dem Vormunde wegen Bekenntnißverschiedenheit entzogen werden (1801). Für diesen Zweck ist dann ein Pfleger aufzustellen (1909). S. noch EG. 134. —

2. In Bezug auf die Sorge für das Vermögen des Mündels gibt das BGB. folgende besondere Vorschriften:

a) Der Vormund muß bei Beginn seines Amtes inventarisiren (1802; vgl. § 436 zu [7]). Bei der Verwaltung von Erwerbungen von Todeswegen oder unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden hat der Vormund die letztwilligen Anordnungen des Erblassers und die vom Zuwender unter Lebenden bei der Zuwendung getroffenen Anordnungen zu befolgen (1803 Abs. 1); jedoch darf er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes davon abweichen, wenn die Befolgung der Anordnung das Interesse des Mündels gefährden würde (1803 Abs. 2). Bei einer Zuwendung unter Lebenden ist, solange der Zuwender lebt, dessen Zustimmung zur Abweichung von seiner Anordnung genügend (sodaß es der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nicht bedarf), aber auch erforderlich; sie kann durch das Vormundschaftsgericht nur dann ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (1803 Abs. 3).

---

[15] Alimente an Mutter oder Schwester des Mündels: l. 13 § 2 D. 26, 7, l. 1 § 2. 4 D. 27, 3. Regelmäßig wiederkehrende Festgeschenke an Eltern und Verwandte: l. 12 § 3 D. 26, 7. Dagegen ist dem Vormund ein Hochzeitsgeschenk an die Mutter oder Schwester des Mündels nicht gestattet: l. 13 § 2 eod., l. 1 § 5 D. 27, 3. (Auch heutzutage nicht? Glück XXX S. 340. 341, Sintenis § 149 [88]). Eine Mitgift darf der Vormund nur der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht der halbbürtigen geben, l. 12 § 3 D. 26, 7. S. im Allgemeinen l. 12 § 2 eod. „Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus“. Vgl. l. 17 D. 27, 10.

Der Erblasser kann letztwillig, der Zuwender unter Lebenden bei der Zuwendung, auch anordnen, daß die Verwaltung des Zugewandten dem Vormunde überhaupt nicht zustehen soll. Der Vormund ist dann aber nicht, wie der Vater (1638), von der Verwaltung von selbst ausgeschlossen, sondern der Ausschluß tritt erst ein, wenn eine Pflegschaft angeordnet ist (1794); hierzu muß der Vormund durch unverzügliche Anzeige an das Vormundschaftsgericht Anlaß geben (1909 Abs. 2, vgl. Abs. 1). Ueber die Gründe dieser Verschiedenheit s. Mot. IV S. 760.

b) Geld ist verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist (1806) und zwar nach näherer Maßgabe von § 1807—1810. Von den Vorschriften über die Art der Anlage (1807. 1808) kann das Vormundschaftsgericht Ausnahmen gestatten (1811), von den Vorschriften über die Mitwirkung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts (1809. 1810) können der eheliche Vater und die eheliche Mutter letztwillig unter den Bedingungen des Benennungsrechts den von ihnen benannten Vormund befreien. Das Vormundschaftsgericht kann aber die Befreiung außer Kraft setzen, wenn sie das Interesse des Mündels gefährden würde (1852 Abs. 2. 1855—1857).

c) Hinterlegung oder Umschreibung von Inhaberpapieren, Eintragung einer Dispositionsbeschränkung bei Buchforderungen: 1814. 1815. 1816. 1818 a. E. 1819. 1820. Befreiung durch das Vormundschaftsgericht: 1817; durch die Eltern wie bei b: 1853. 1855—1857. Hinterlegung sonstiger Werthpapiere sowie von Kostbarkeiten: 1818. 1819.

d) Ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels soll der Vormund nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beginnen, ein bestehendes nicht ohne sie auflösen (1823).

e) Der Vormund darf Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden (1805); verwendet er Geld des Mündels für sich, so hat er es zu verzinsen (1834) und zwar mit 4 vom Hundert (246). Vorbehaltlich jedoch der Haftung auf vollen Schadensersatz wegen Verschuldens (1833 Abs. 1).

f) Dem Vormundschaftsgericht ist im Allgemeinen jährlich Rechnung zu legen (1840—1843). Bei Verwaltungen von geringem Umfange kann das Vormundschaftsgericht nach Legung der ersten Rechnung anordnen, daß die Rechnung in längeren, höchstens aber dreijährigen Perioden zu legen ist (1840 Abs. 3). Befreiung von Rechnungslegung während der Dauer des Amtes, nicht von Schlußrechnung, durch die Eltern: 1854—1857.

g) Sicherheitsleistung aus besonderen Gründen nach Anordnung des Vormundschaftsgerichts: 1844.

h) Die besondere Vorschrift des § 1845 für den Fall, daß der zum Vormunde bestellte (eheliche) Vater oder die zum Vormunde bestellte eheliche Mutter des Mündels eine Ehe eingehen wollen, ist bei der Vormundschaft über Minderjährige selten anwendbar, aber immerhin nicht unanwendbar, da es nicht außer dem Bereich der Möglichkeit liegt, daß ein Vater oder eine Mutter, die als solche von der Vertretung des Kindes ganz ausgeschlossen sind, zum Vormunde bestellt werden.

3. Nicht nur in Bezug auf die Sorge für das Vermögen, sondern auch in Bezug auf diejenige für die Person gilt der Satz, daß der Vormund, anders als im gemeinen Recht (§ 438 zu [5]), für jedes Verschulden haftet (1833 Abs. 1). Der Satz § 438 zu [9] besteht nicht mehr.

II. Der Vormund hat Anspruch (vgl. § 438, 2) auf Vorschuß für oder Ersatz von Aufwendungen nach Auftragsgrundsätzen (1835 Abs. 1). Was der Vormund aus dem Vermögen des Mündels für diesen verbraucht hat (vgl. § 439, 4), hat er nicht zu ersetzen, sofern er nur frei von Verschulden ist. Als Aufwendungen, die dem Vormund zu ersetzen sind, gelten auch gewerbliche oder berufsmäßige Dienste (1835 Abs. 2).

Für die Führung der Vormundschaft selbst aber erhält der Vormund eine Vergütung (vgl. § 438 zu [16]) nur, wenn sie das Vormundschaftsgericht bewilligt. Diese Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen (1836). Unabhängig davon ist ein mit Rücksicht auf die Vormundschaft dem Vormunde vom Erblasser des Mündels ausgesetztes Vermächtniß. Der Vormund kann auch nach BGB. (vgl. § 438 zu [15]) seine Gegenansprüche gegen den Mündel sowohl durch Klage wie durch Einrede (nach § 273) geltend machen.

III. Die beiderseitigen Ansprüche können nicht erst nach dem Ende des vormundschaftlichen Amts geltend gemacht werden (vgl. § 438 zu [17]), sondern auch vorher. Wenn § 1843 Abs. 2 dieß ausspricht für Ansprüche, die zwischen Vormund und Mündel bei der vormundschaftsgerichtlichen Prüfung der Vormundschaftsrechnung streitig bleiben, so ist damit doch nicht gesagt, daß nur nach solchem Vorstadium der Rechtsweg zulässig ist. Der Zweck des § 1883 Abs. 2 ist, festzustellen einerseits, daß über streitige Ansprüche zu entscheiden das Vormundschaftsgericht nicht zuständig ist, andererseits, daß die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche von dem Ende der Vormundschaft nicht abhängig ist (vgl. Mot. IV S. 1160 fg.).

IV. Bei dem Ende der Vormundschaft oder des Amtes des Vormundes hat der Letztere das Vermögen herauszugeben und Schlußrechnung zu legen (1890—1892; vgl. § 438 zu [4]), auch die Bestallung an das Vormundschaftsgericht zurückzugeben (1893 Abs. 2). Der Vormund ist berechtigt, bis er von dem Ende der Vormundschaft oder seines Amtes Kenntniß erhält oder Kenntniß haben muß, wie ein Vormund weiter zu handeln; hierauf kann sich aber ein Dritter nicht berufen, der jene Kenntniß seinerseits hat, oder haben muß. Verpflichtet ist der Vormund, im Falle des Todes des Mündels diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann (1893 Abs. 1. 1682. 1683); aber auch der vorige Satz geht nicht bloß die rechtliche Macht des Vormundes (§ 440) an, sondern hat auch die Bedeutung, daß im Verhältniß zwischen Vormund und Mündel die beiderseitigen aus den fraglichen Handlungen des Vormundes hervorgehenden Verpflichtungen nach Vormundschaftsrecht zu beurtheilen sind.

V. Allgemeine Aufsicht des Vormundschaftsgerichts (§ 438 zu [18. 19]) s. 1837.]

β. Macht des Vormunds.

§ 440.

1. Der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen und klagend zu verfolgen [1]. Andererseits ist er auch der

rechte Beklagte gegenüber den Ansprüchen, welche gegen den Mündel erhoben werden [2].

2. Zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen für den Mündel ist der Vormund unbedingt befugt, soweit der Mündel dadurch bereichert wird; dagegen hat er die Macht zu Veräußerungen des Mündelvermögens und zu Belastungen des Mündels mit Verpflichtungen nur unter wesentlichen Beschränkungen.

a) Er hat die Macht zu denselben nur insoweit, als die ihm obliegende Verwaltung sie mit sich bringt [3]. Daher sind nichtig Schenkungen [4] (mit der § 439 z. E. bezeichneten Ausnahme), nichtig alle arglistigen Eingriffe in das Vermögen des Mündels [5], und ebenso entsteht aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes keine andere Verpflichtung für den Mündel, als die zur Herausgabe der ihm dadurch erwachsenen Bereicherung [6].

b) Nichtig ist die Veräußerung des Vormundes an sich selbst [7]. Ebensowenig kann der Vormund sich selbst zum Gläubiger des Mündels machen [8].

---

§ 440. [1] S. z. B. l. 46 § 7. l. 1 § 4 D. 26, 7, l. 18 C. 5, 37. Einwand des Mangels der Legitimation des bestellenden Gerichts: Sf. XXXVII. 126. — Der Vormund kann nicht Namens des Mündels auf Scheidung klagen. Sf. XXXI. 248, RG. VI S. 157, IX S. 221. Auch nicht auf Nichtigkeit der Ehe? Bejaht vom OT. zu Berlin (Sf. XXXI. 248), verneint vom RG. (IX S. 221).

[2] S. z. B. l. 9 § 5 i. f. l. 1 § 2. 3 D. 26, 7, l. 28 C. 5, 37.

[3] Zwar ist der Vormund dem Mündelvermögen gegenüber „domini loco", „vice domini" (l. 57 [56] § 4 D. 47, 2, l. 157 pr. D. 50, 17); aber nur „quantum ad providentiam pupillarem" (l. 27 D. 26, 7), „cum tutelam administrat" (l. 7 § 3 D. 41, 4). Sf. XXIV. 126, XXVIII. 213, XXIX. 230, XXXI. 149. RG. XV S. 199.

[4] L. 16 C. 5, 37, vgl. l. 12. 17 D. 27, 10, l. 13 D. 40, 1.

[5] L. 7 § 3 D. 41, 4: — „tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat". S. noch l. 12 § 1 D. 26, 7, l. 16 pr. D. 13, 7, l. 20 § 1 (vgl. l. 34 § 1) D. 46, 2, l. 5 § 2 D. 26, 8.

[6] L. 13 § 6. 7 D. 19, 1, l. 3. 4 D. 26, 9, l. 1 § 2 D. 2, 3, l. 15 pr. D. 4, 3, l. 17 § 1. 2 D. 39, 2, l. 4 D. 43, 5, l. 5 § 12. l. 11 § 6 D. 43, 24, l. 198 D. 50, 17. Es hat sich aber in der römischen Jurisprudenz die eigenthümliche Auffassung geltend gemacht, daß aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begehe, der Mündel eben dadurch reicher werde, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. L. 61 D. 26, 7, l. 3 § 1 D. 14, 4, l. 21 § 1 D. 15, 1, l. 1 § 6 D. 43, 4. Glück XXXI S. 18 fg., Rudorff II S. 340 fg.

[7] Dieß gilt übrigens in gleicher Weise für jeden anderen Verwalter fremden Vermögens. L. 34 § 7. l. 46 D. 18, 1, l. 5 § 2 — l. 6 D. 26, 8. S.

c) Eine jede Veräußerung ist nichtig ohne Gestattung der Obervormundschaftsbehörde. Hiervon ist näher zu handeln (§ 441).

d) Alle an und für sich zu Recht bestehenden Veräußerungen und Belastungen unterliegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [9].

§ 441 *.

1. Der Satz, daß die Veräußerung von Mündelvermögen der obervormundschaftlichen Gestattung bedürfe, gilt für das gesammte Capitalvermögen des Mündels, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen [1]; bloß

---

§ 388 [14]. Anders wenn der Vormund „palam" z. B. kauft, etwa von einem Mitvormund, oder von einem Gläubiger des Mündels oder bei einer Versteigerung. L. 5 § 2—4 D 26, 8, l. 2 § 8 D. 41, 4, l. 5 C. 4, 38. Sf. I. 84; f. aber auch V. 193. Arglistigen Verkauf an sich selbst bestraft das r. R. mit dem Vierfachen, l. 46 D. 18, 1 (das „officium" dieser Stelle umfaßt das vormundschaftliche Amt mit). Literatur: Fitting ACPra. LI S. 249 fg., Römer ZS. f. HR. XIX S. 77 fg. 84 fg.

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen wohl nicht weniger unzweifelhaft. Auch auf dem Wege der Cession kann der Vormund sich nicht zum Gläubiger des Mündels machen (§ 335, 2, c). A. M. Römer a. a. O. S. 93 [21a]. Vgl. Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 247. — Sich selbst ein Darlehn zu geben, ist dem Vormund gestattet, l. 9 § 7 D. 26, 7. Römer a. a. O. S. 72 fg. versteht diese Stelle auch von dem Geben eines Darlehns durch den Vormund an den Mündel, was mir bedenklich scheint.

[9] S. I § 117 [3]. Vgl. Sf. XXXII. 152.

* Dig. 27, 9 de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. 5, 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5, 72—74. — Glück XXXII S. 444 fg. XXXIII S. 1 fg. Rudorff II S. 383 fg. Bachofen ausgewählte Lehren des r. Civilr. Nr. 4. Schröder Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten (Heidelberg 1875) S. 95 fg. [Romagny de l'aliénation des biens des impubères et des mineurs de vingt-cinq ans. Th. de Paris 1892].

[1] Das Erforderniß der obervormundschaftlichen Gestattung wurde ursprünglich — durch eine oratio des Kaisers Septimius Severus und einen darauf folgenden Senatsbeschluß, l. 1 § 2 D. 27, 9 — nur für praedia rustica und suburbana (über diesen Begriff f. l. 16 C. 5, 71) aufgestellt, durch die Jurisprudenz und die spätere kaiserliche Gesetzgebung aber, namentlich durch ein Gesetz Constantin's, in der angegebenen Weise erweitert. L. 3 § 4. 5. D. 27, 9, l. 3 § 6. l. 4. l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. 5, 37. Unkörperliche Sachen: dingliche Re, l. 3 § 4. 5 D. 27, 9; obligatorische Re, l. 25 C. cit., § 2 I. 2, 8. In den beiden letzten Stellen wird bestimmt, daß selbst Zahlung an den Vormund ohne richterliches Decret dem Mündel sein Forderungsr. nicht nehmen solle (vgl. Sf. I. 251, XI. 53; IX. 307; XLV. 195. [[nach diesem Urtheil ist in der Praxis der Gerichte an l. 25 C. cit. nicht festgehalten worden; die Entscheidung

ganz werthlose und überflüssige Sachen sind ausgenommen [2]. Er gilt aber auch nur für das Capitalvermögen, nicht für die Einkünfte [3]; dieselben müßten denn über 2 Jahre rückständig sein, oder es müßte die rückständige Summe mehr als 100 Ducaten betragen [4].

2. Unter Veräußerung [5] ist nicht bloß die Veräußerung im engeren Sinne, d. h. die Uebertragung eines dem Mündel zustehenden Rechts zu verstehen, sondern auch das bloße Aufgeben eines (erworbenen) Rechts [6]. Auch der Antrag auf Theilung ist Veräußerung im Sinn der gesetzlichen Vorschrift [7]. Nichtunterbrechung einer Verjährung hindert nicht den Verlust des Rechts, verpflichtet aber den dadurch Bereicherten zur Wiederherstellung desselben [8]. — Ob die Veräußerung eine totale, oder nur eine partielle ist, ist gleichgültig [9].

selbst stützt sich aber auf eine landesrliche Verordnung.]]; um so mehr bedarf Veräußerung des Forderungsr., durch Cession oder Novation der obervormundschaftlichen Zustimmung. L. 22 D. 26, 7, l. 20 § 1. l. 34 § 1 D. 46, 2 enthalten das R. ihrer Zeit: die Compilatoren haben eine Aenderung dieser Stellen versäumt oder für überflüssig gehalten. Doch ist dieser Punkt streitig. Vgl. Mühlenbruch Cession § 41, Glück XXX S. 10, Sintenis § 149 [77]. Für das Erforderniß der obrigkeitlichen Zustimmung: RG. XII S. 152 (Sf. XXXVIII. 137). — S. noch l. 5 § 2 D. 27, 9. „Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse". Ueber den Schluß dieser Stelle s. Glück XXXIII S. 6 [8], Bachofen S. 126 [40].

[2] L. 22 i. f. C. 5, 37, l. 4 C. 5, 72.

[3] L. 28 § 5. l. 25 C. 5, 37.

[4] L. 27 C. eod. Das Gesetz nennt 100 solidi: vgl. § 367 [2]. S. noch Sintenis § 149 [76]

[5] Vgl. I § 69 (S. 190).

[6] L. 5 § 8 D. 27, 9, vgl. l. 7 C. 5, 71. Sf. XIII. 100, XVIII. 148, XX. 142.

[7] L. 7 pr. D. 27, 9, l. 17 C. 5, 71, vgl. l. 1 § 2. l. 5 § 16. l. 6 D. 27, 9. Vgl. Bachofen S. 157 fg. Sf. XIII. 149. XVI. 59.

[8] L. 3 § 5 D. 27, 9. — „An ergo (ususfructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere". Vgl. l. 5 § 6 D. 24, 1. „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse". — In anderen Fällen tritt auf Grund einer Nichtthätigkeit des Vormundes die betreffende rliche Wirkung ohne die bezeichnete Verpflichtung ein, l. 3 § 1 D. 27, 9, l. 23 C. 5, 57. — Daß der Pfandverkauf durch den nicht befriedigten Pfandgläubiger nicht unter die Senatsvorschrift falle, hatte für einen besonderen Fall diese selbst ausdrücklich ausgesprochen, und erkannte die Jurisprudenz und die spätere Gesetzgebung ohne Beschränkung an. L. 1 § 2 D. 27, 9, l. 2 C. 2, 28 [29]; l. 7 § 1 D. 27, 9, l. 1 C. 5, 71. — Vgl. noch l. 3 § 2. 3 D. 27, 9.

[9] L. 3 § 5. l. 7 § 5. l. 8 § 2 D. 27, 9, l. ult. C. 4, 51.

3. Auf den Grund der Veräußerung [10] kommt nur insofern etwas an, als die obervormundschaftliche Gestattung nicht erforderlich ist bei der Veräußerung zum Zweck der Erfüllung einer durch Erbschaft auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung [11], ferner nicht bei der Verpfändung zum Zweck der Bestellung einer Proceßcaution in einem gegen den Mündel erhobenen Proceß [12].

4. Die obervormundschaftliche Gestattung [13] darf nur aus Gründen der Noth, nicht aus Gründen des Nutzens ertheilt werden; sonst ist sie nichtig [14]. Ferner ist sie nichtig, wenn sie nicht nach gepflogener Untersuchung [15], oder wenn sie auf Grund unwahrer Angaben [16], oder anders als durch ein förmliches Decret ertheilt worden ist [16a].

---

[10] Im Einzelnen werden in den Quellen außer dem Kauf genannt: Tausch (l. 4 C. 5, 71), Vergleich (l. 4 cit.), Schenkung (l. 4 cit., l. 4 C. 5, 73), Mitgiftbestellung und Eheschenkung (l. 22 C. 5, 37, l. 8 C. 5, 71). Erfüllung (l. 5 § 4. 5 D. 27, 9), Leistung an Erfüllungsstatt (l. 15 C. 5, 71).

[11] L. 5 § 6. 7 D. 27. 9, l. 1 C. 5, 72.

[12] L. 28 § 3 C. 5, 37.

[13] Ueber die Competenzfrage s. Glück XXXIII S. 37. 43, Rudorff II S. 420. 421, Kraut II S. 147. — Das R. der Beschwerde wegen Verweigerung der obervormundschaftlichen Gestattung steht nur dem Vormund selbst, nicht dem anderen Contrahenten zu: Sf. XIX. 241.

[14] Die Senatsvorschrift selbst erlaubte die Gestattung der Veräußerung nur wegen drängender Schulden, l. 1 § 2 D. 27, 9., und diese Beschränkung wiederholt Ulpian in seinem Commentar zu derselben, indem er Gründe des Nutzens ausdrücklich ausschließt, l. 5 § 14 D. 27, 9. Von der anderen Seite wird in l. 61 § 1 D. 23, 3 auch Mitgiftbestellung für die Mündelin, und in l. 6 C. 5, 71, „necessitas" überhaupt als rechtfertigender Veräußerungsgrund zugelassen. Ueber den Fall der Noth aber ist man nicht hinausgegangen. Zwar scheint l. 4 C. 5, 71 nach einem sehr nahe liegenden argumentum a contrario auch Veräußerung zum Zwecke des Vergleiches und des Tausches zu gestatten; aber dieses Argument ist trügerisch. Denn es führt dahin, daß die Obrigkeit auch Schenkungen durch ihre Zustimmung gültig machen könne, und dem widerspricht mit ausdrücklichen Worten l. 3 C. 5, 74: „cum . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint . ." (vgl. Sf. VIII. 61). Dieser Stelle gegenüber muß sich l. 17 D. 27, 10 trotz aller entgegenstehender Gründe bequemen, auf den Fall des Wahnsinns beschränkt zu werden. Sintenis § 149 [94] nimmt auf Grund dieser letzteren Stelle an, daß die Obrigkeit aus Nützlichkeitsgründen Schenkungen, nicht aber andere Veräußerungen genehmigen könne. — Die deutschen Particularre erweitern sehr gewöhnlich die Genehmigungsmacht der Obrigkeit auf Nützlichkeitsgründe, und Kraut II S. 145 fg. ist auf Grund davon geneigt, auch für das gemeine R. ein Gewohnheitsr. gleichen Inhalts anzunehmen. Dafür auch Sf. III. 334. S. auch Rudorff II S. 419, Stobbe IV S. 501; andererseits aber Glück XXXIII S. 33 fg.

[15] L. 5 § 9. 10. 11. l. 11 D. 27, 9, l. 6. 12 C. 5, 71.

[16] L. 1 § 2. l. 5 § 15 D. 27, 9, l. 5 C. 5, 71.

5. Die obervormundschaftliche Gestattung wird ersetzt durch die Erlaubniß des Erblassers, von welchem die zu veräußernde Sache herrührt[17], und des Regenten[18].

6. Die ohne gehörige Gestattung geschehene Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann daher das Veräußerte von jedem Besitzer abfordern[19], muß jedoch dem Besitzer ersetzen, worum er durch dessen Gegenleistung reicher geworden ist[20]. Daneben bleibt natürlich dem Mündel sein Entschädigungsanspruch gegen den Vormund unbenommen, so jedoch, daß die Durchführung des einen Anspruchs den andern ausschließt[21].

7. Die Nichtigkeit der Veräußerung wird gehoben durch eidliche Bestärkung des geschlechtsreifen Mündels[22] oder einfache Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit[23]; ferner durch fünfjähriges Schweigen des Mündels nach erreichter Großjährigkeit[24].

[16a] L. 6. 12 C. 5, 71. Daß das Decret der Veräußerung vorhergehe, ist, obgleich in den Quellen als das Regelmäßige vorausgesetzt, nicht nothwendiges Erforderniß. Vgl. Glück XXXIII S. 45 fg., Rudorff II S. 424; auch in diesem Lehrbuch I § 83 [5. 6].

[17] L. 1 § 2. l. 14 D. 27, 9, l. 3 C. 5, 72. Bachofen S. 153 fg.

[18] L. 2 C. 5, 72. Vgl. Glück XXIII S. 97.

[19] L. 5 § 15 (l. 1 § 2) D. 27, 9, l. 3. 4. 8. 10. 11. 15. 16 C. 5, 71, l. 2. 3. 4 C. 5, 73. — Beweislast: Glück XXIII S. 56 fg., Rudorff II S. 428 fg. — Nichtigkeit des Kaufs auch für den Käufer nimmt an das Erk. bei Sf. XIV. 101. Ebenso Schröder S. 100. Dawider spricht die Analogie des R., welches für die von dem impubes ohne auctoritas tutoris abgeschlossenen gegenseitigen Rgeschäfte gilt. Vgl. § 321 [22]. [Anfechtbarkeit nur zu Gunsten des Mündels in Anwendung der Grundsätze über negotia claudicantia nimmt an Sf. LII. 83 (RG). Aber ist das Anfechtbarkeit und nicht vielmehr relative Nichtigkeit? S. auch Sf. XLV. 195.]

[20] L. 7 § 5. l. 13 § 1 D. 27, 9, l. 4. 10. 14. 16 C. 5, 71. — Die Behauptung Rudorff's (II S. 432) und Bachofen's (S. 144 fg.), daß in Betreff der in l. 13 § 1 cit. erwähnten Frage die strengere Meinung des Papinian über die mildere des Paulus die Oberhand gewonnen habe, kann trotz l. 16 C. cit. gegenüber l. 4. 10. 14 citt. als richtig nicht anerkannt werden; s. auch Sintenis § 149 [114]. — Persönliche Haftung des Vormundes, wenn er dieselbe übernommen hat. L. 9 C. 5, 71. Anders versteht diese Stelle Schröder S. 100 fg., welcher aus derselben herleitet, daß dem gutgläubigen Erwerber ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse unbedingt zustehe.

[21] L. 5 § 15. l. 10 D. 27, 9. Vgl. Sf. XIX. 163.

[22] L. 1 C. 2, 27 [28] und dazu Auth. Frid. I. *Sacramenta puberum*. S. I § 83a [4].

[23] L. 2 C. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5, 74, l. 1. 2 C. si maior factus ratum habuerit 2, 45 [46]. — Beerbung des Vormundes: Sf. XXXIX. 87.

§ 442.

Was die formale Seite der rechtlichen Thätigkeit des Vormundes in Angelegenheiten des Mündels angeht, so ist es heutzutage

---

[24] L. 3 C. 5, 74, von Justinian. Aelteres R.: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. 5, 73, l. 1 C. Th. 3, 32. Die l. 3 C. cit. hat eine ganze Literatur; s. außer Glück XXXIII S. 73 fg. und Rudorff II S. 435 fg.: v. Berg jur. Beobachtungen und Rfälle I S. 153 fg. (1802), G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. R. I S. 251—263 (1817), Marezoll ACPra. VIII S 279 fg. (1825), v. Buchholtz jur. Abhandlungen Nr 19 (1833), Unterholzner Verjährungslehre II § 163 (2. Aufl. 1858). Die Punkte, auf welche es hauptsächlich ankommt, sind folgende. a) Bezieht sich das Gesetz, wie im Text angenommen worden ist, auch auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsunreifer, oder nur auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsreifer Mündel? Der Zweifelgrund ist, daß das Gesetz nur von minores spricht. Aber dieß erklärt sich vollkommen daraus, daß die Verjährung, welche es einführt, erst von der maior aetas an laufen soll. Auch die l. 1 C. Th. cit. nennt nur die minores. A. M. Glück S. 78 fg., v. Bülow S. 255 fg., v. Buchholtz S. 251, Unterholzner S. 49, Sf. XVI. 121, XXXIII. 139; übereinstimmend Rudorff S. 440, Sf. XI. 160. Vgl. noch Sintenis § 149 [118]. b) Bezieht sich das Gesetz auch auf den Fall, wo der Vormund für den Mündel, oder nur auf den Fall, wo der Mündel selbst gehandelt hat? Das Gesetz setzt in seinem späteren Verlauf den Minderjährigen als Handelnden voraus; im Anfange aber heißt es allgemein: „Si quando sine decreto minorum . . . res alienantur vel supponuntur". Wenn man geltend macht, daß im Fall der Veräußerung durch den Vormund die Wissenschaft des Mündels von derselben eine zweifelhaftere sei, so ist darauf zu antworten, daß nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung auch gegen den Erben des Minderjährigen laufen soll, bei welchem die Möglichkeit des Nichtwissens noch viel näher liegt. Uebereinstimmend Glück S. 94, v. Buchholtz S. 252, Rudorff S. 440, Sf. XI. 160; a. M. Unterholzner S. 48. c) Gehoben wird durch den Ablauf der 5 Jahre nur diejenige Ungültigkeit, welche ihren Grund in dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung hat, nicht die Ungültigkeit der Veräußerung überhaupt. Daher nimmt das Gesetz den Fall der Schenkung aus: „cum . . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint". Die folgenden Worte: „si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium . . . transscripserit" sind so zu verstehen: si minor rem, vel post veniam aetatis rem immobilem *cett.*, und erklären sich aus l. 3 C. 2, 44 [45]. Vgl. über diesen Schluß der Stelle Glück S. 93 fg., v. Bülow S. 262 fg., Marezoll a. a. O., v. Buchholtz S. 253 fg., Rudorff S. 442 fg, Sintenis Anm. 118 a. E. d) Durch den Ablauf der fünf Jahre wird nicht etwa bloß eine Einrede zu Gunsten des Besitzers erzeugt, sondern es wird die nichtige Veräußerung gültig gemacht, und zwar von Anfang an; das Gesetz sieht in dem Stillschweigen während fünf Jahre eine Bestätigung (confirmatio). „Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem . . connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita". Ueber diesen Punkt ist kein Streit. Sf. XXI. 26. e) Es kann mit Fug nicht bezweifelt

das Gewöhnliche und fast Ausschließliche, daß der Vormund im Namen des Mündels handelt [1], während dieß bei den Römern nur in beschränktem Maße zulässig war [2]. Der Vormund kann aber auch den Mündel selbst handeln lassen. In diesem letzteren Falle besteht dasjenige, was der Vormund seinerseits zu der Handlung des Mündels hinzuzuthun hat, wenn der Mündel das Alter der Geschlechtsreife noch nicht erreicht hat, in einer Theilnahme an der Handlung selbst, während bei geschlechtsreifen Mündeln jede irgendwie erklärte Zustimmung hinreicht [3. 4].

---

werden, daß im Sinne des Gesetzes zur Unterbrechung des „silentium" Klageanstellung erforderlich ist. Glück S. 90 fg., v. Bülow S. 260 fg., Rudorff S. 441.

§ 442. [1] Vgl. Kraut II S. 115, Sintenis III S. 182 in der Anm., Stobbe IV S. 493.

[2] S. I § 73, II § 313. Bei den Römern mußte, abgesehen von Ausnahmefällen (s. die genannten §§), der Vormund entweder den Mündel selbst handeln lassen (s. das im Text sogleich Folgende), oder bei Erwerbhandlungen, einen Sclaven des Mündels (l. 9 pr. D. 26, 7, l. 2. 6 D. 46, 6), oder er mußte in eigenem Namen handeln, also sich selbst berechtigen und verpflichten. In diesem letzten Falle gingen aber die in seiner Person erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn nicht sofort, so doch jedenfalls nach beendigter Vormundschaft von Rwegen auf den Mündel über; und auch während der Dauer der Vormundschaft konnten die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gegen ihn selbst, wenn überhaupt, nur bis zum Belange des Mündelvermögens geltend gemacht werden. L. 9 pr. D. 26, 7, l. 2 D. 26, 9, l. 2. 4 C. 5, 39; l. 26 C. 5, 37, l. 1 C. 5, 39; l. 43 § 1 D. 26, 7, vgl. l. 4 § 1 D. 21, 2; l. 2 pr. D. 26, 7, l. 6. 7 D. 26, 9, l. 4 § 1 D. 42, 1, vgl. l. 5 D. 26, 9, l. 1 C. 5, 39, l. 15 D. 2, 11. Anders, wenn der Vormund nicht nur in eigenem Namen, sondern auch nicht als Vormund handelte: l. 39 § 4. l. 43 § 1 D. 26, 7, l. 5 § 1 D. 26, 9, l. 4 C. 2, 24 [25]; auch l. 46 § 2 D. 26, 7 ist wohl hierher zu stellen (§ 439 [10]). Zur Vervollständigung des Quellenmaterials ist noch hinzuzufügen: l. 11 § 7 D. 13, 7, l. 5 C. 5, 39. Vgl. über das Ganze Mühlenbruch Cession S. 136. 141. 142, Savigny Obl. II S. 36 fg., Buchka Stellvertret. § 7, Schmid Cession I S. 389 fg. 396 fg.

[3] Theilnahme an der Handlung: auctoritatis interpositio; Zustimmung: consensus. L. 9 § 5 D. 26, 8 (§ 2 I. 1, 21). „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit". Bei schriftlichem Abschluß des Rgeschäftes kann die auctoritas aber auch schriftlich ertheilt werden, l. 9 § 6 D. 26, 8 Bedingung (und Befristung) sind nicht zulässig, l. 8 eod. — Vielfach wird allerdings behauptet, daß nach heutigem R. in allen Fällen consensus des Vormundes genüge. Vgl. über diese Frage Glück XXX S. 477. 478, Kraut II S. 114 fg., Stobbe IV S. 433. Andererseits sucht Sintenis III S. 182 fg. in der Anm. auszuführen, daß nach heutigem R. nachträgliche Genehmigung weder bei impuberes, noch bei minores hinreiche. Vgl. I § 71 [9].

[4] Kann der Vormund rliche Wirkung für den Mündel auch durch Handeln in eigenem Namen hervorrufen? Ein hierher gehöriger Fall aus dem

Inwiefern der Mündel durch Rechtshandlungen, welche er ohne alle Mitwirkung des Vormundes vornimmt, eine rechtliche Wirkung für sich zu erzielen im Stande ist, ist eine nicht hierher gehörige und oben (I § 71) beantwortete Frage. Aus dem daselbst Gesagten ist hier noch besonders hervorzuheben, daß die obervormundschaftliche Gestattung zu Veräußerungen ganz ebenso erforderlich ist, wenn der Minderjährige allein, als wenn er durch den Vormund oder mit dem Vormund handelt[5]. Selbst die Großjährigkeitserklärung macht die obervormundschaftliche Gestattung zwar bei beweglichen, aber nicht bei unbeweglichen Sachen unnöthig[6].

[I. Nach BGB. hat der Vormund zunächst das Recht, den Mündel zu vertreten (1793). Soweit das Recht der gesetzlichen Vertretung reicht, ebensoweit reicht auch das Recht, zu Handlungen des Mündels, welche derselbe für sich allein nicht vornehmen kann, die erforderliche Zustimmung zu ertheilen (107 fg.). In der Art der Ertheilung dieser Zustimmung begründet es keinen Unterschied, ob der Mündel geschlechtsreif ist oder nicht (vgl. § 442 zu [3, 4]). S. im Uebrigen I S. 281 fg. Nachwirkungen der Vertretungsmacht gemäß § 1893 Abs. 1 s. ob. S. 143 unter IV.

1. Ausgeschlossen ist die Vertretungsmacht des Vormundes in Bezug auf Rechtsgeschäfte, in Bezug auf welche der Mündel nach § 112. 113 die Stellung eines unbeschränkt Geschäftsfähigen erhalten hat.

2. Ausgeschlossen ist sie ferner in Angelegenheiten, für die ein Pfleger bestellt ist (1794; vgl. 1909 u. ob. zu § 439 S. 141).

Rechtsgeschäfte zwischen dem Mündel und dem Vormunde selbst (vgl. § 440 zu [7, 8]) kann dieser gemäß § 181 nur vornehmen, wenn sie ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen (vgl. 1795 Abs. 2). Dieselbe Grenze zieht aber § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 auch für den Fall, daß der gegenüber dem Mündel Betheiligte mit dem Vormund verheirathet oder in gerader Linie verwandt ist. Gegen sich selbst im Namen des Mündels

---

r. R. ist in Note [4] bezeichnet. In diesem Falle handelte aber der Vormund, wenn auch in eigenem Namen, doch immerhin in seiner Eigenschaft als Vormund (s. namentlich l. 43 § 1 D. 26, 7), während heutzutage in der Erklärung des Vormundes, daß er als Vormund handele, auch die Erklärung gefunden werden muß, daß er im Namen des Mündels zu handeln gewillt sei. Wie aber, wenn er bei der Handlung als Vormund gar nicht hervortritt? Daß durch eine Handlung dieser Art rliche Wirkungen für den Mündel hervorgerufen werden sollten, ist nur in dem einen Fall denkbar, wo die Handlung eine Veräußerung enthält (der Vormund überträgt z. B. eine Sache des Mündels als seine eigene zu Eigenthum — l. 10 § 1 D. 27, 10 geht auf eine mala fide vorgenommene Veräußerung —), und eine solche Veräußerung wird wegen Mangels des obervormundschaftlichen Consenses immer ungültig sein.

[5] L. 4. 11. 16 C. 5, 71, l. 3 C. 5, 74.

[6] L. 3 C. 2, 44 [45]. [Nach BGB. ist kein Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit des Volljährigen und des für volljährig Erklärten (3 Abs. 2).]

processiren kann der Vormund selbstverständlich nicht (ausdrücklich ausgesprochen, wie anfangs beabsichtigt [Denkschr. z. BGB. Anl. II CPO. § 53a] ist es nicht); er kann aber nach § 1795 Abs. 1 Ziff. 3 auch dann nicht im Namen des Mündels processiren, wenn der Gegner der Ehegatte oder ein Verwandter gerader Linie des Vormundes ist. Ueber Forderungen des Mündels kann der Vormund nur mit Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts verfügen (1812); zur Aufhebung oder Minderung der für eine Forderung des Mündels bestehenden Sicherheit bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (1822 Ziff. 13), und dasselbe gilt für die Eingehung von Verpflichtungen zu derartigen Akten. Dennoch hat man für den Fall, daß der Vormund selbst der Schuldner des Mündels ist, und es sich um eine durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherte Forderung handelt, es für bedenklich gehalten, dem Vormund die Vertretung des Mündels bei den vorgenannten Rechtsgeschäften anzuvertrauen; sie ist ihm vielmehr durch § 1795 Abs. 1 Ziff. 2 entzogen. Auch in Processen über Angelegenheiten der fraglichen Art kann er den Mündel nicht vertreten (das. Ziff. 3). In den vorigen Fällen steht dem Vormunde die Vertretung kraft Gesetzes nicht zu. Es kann ihm aber auch in anderen Fällen für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten das Vormundschaftsgericht die Vertretung entziehen. Dieß soll nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem des Vormundes oder eines von ihm vertretenen Dritten oder eines Verwandten gerader Linie des Vormundes in erheblichem Gegensatz steht (1796). Der Vormund hat Beschwerderecht (Ges. üb. freiw. Gerichtsbark. § 20 Abs. 1).

Schenkungen kann der Vormund in Vertretung des Mündels nur dann vornehmen, wenn sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (1804, vgl. § 440 zu [2]. § 489 zu [15]).

Nach Absicht des I. E. (§ 1851) sollte in den Fällen, in denen gesetzlich der Vormund den Mündel nicht vertreten kann, einschließlich des Falles der Rechtsgeschäfte des Vormundes mit sich selbst, und ebenso dann, wenn dem Vormunde vom Vormundschaftsgericht die Vertretung entzogen ist, die Handlung des Vormundes nicht schlechthin nichtig sein, sondern nach den allgemeinen Vorschriften über Handlungen ohne Vertretungsmacht beurtheilt werden (Mot. IV S. 1088). Nur im Falle der Schenkung sollte absolute Nichtigkeit eintreten (E. I § 1661, Mot. IV S. 1107). In letzterer Beziehung hat die II. Commission nichts Abweichendes geäußert. Aber in Betreff der Fälle des § 1795 waren in der II. Commission die Ansichten getheilt, ohne daß die Protokolle eine Mehrheit constatirten (S. 6347). In Ansehung der allgemeinen Vorschrift über das Handeln des Vertreters mit sich selbst erklärte sich die Mehrheit für die Nichtigkeit (Prot. S. 1747). Dafür auch Planck zu § 181 Anm. 2; dagegen Hölder Comm. z. allg. Theil S. 381 unt. Auch in Anwendung auf § 1795 sind die Meinungen getheilt. Für die Nichtigkeit u. A. Schultetus S. 60 fg., Endemann II § 222 [12]. Für die Behandlung nach den allgemeinen Grundsätzen über Handlungen ohne Vertretungsmacht: v. Schilgen S. 41 [5] (zu § 65 = 1795, Fuchs S. 81, Böhm S. 112, Fischer-Henle zu § 1795 Anm. 1, Hesse zu § 1795 Anm. 1. Nach meiner Ansicht muß unterschieden werden zwischen Rechtsgeschäften des Vormundes mit sich selbst und solchen des Vormundes mit

Dritten. Rechtsgeschäfte eines Vertreters mit sich selbst sind in ihrem wahren Thatbestande etwas ganz Anderes als Rechtsgeschäfte, die sich zwischen zwei Personen abspielen; insbesondere ist der s. g. Vertrag des Vertreters mit sich selbst in Wahrheit kein Vertrag, sondern eine einseitige Entschließung. Derartige Handlungen können ihre rechtliche Geltung überhaupt nicht auf die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften, sondern nur auf besondere rechtliche Anerkennung stützen; soweit diese Anerkennung nicht nachweisbar ist, sind sie nichtig. Dagegen sind Rechtsgeschäfte des Vormundes mit seiner Frau oder seinem Vater u s. w. einer besonderen rechtlichen Anerkennung nicht bedürftig, sondern sie würden nach allgemeinen Grundsätzen gültig sein, wenn nicht § 1795 Abs 1 im Wege stände. Das Wesen der Vorschrift des § 1795 kann aber nur in einer Beschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes gefunden werden. Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten; was sollte dieß anders heißen, als: ihm fehlt die Vertretungsmacht? Es ist nicht der Zweck des § 1795, gewisse Geschäfte im Namen des Mündels unmöglich zu machen, sondern nur, den Vormund von ihrer Vornahme auszuschließen. Die fraglichen Geschäfte des Vormundes sind also als Geschäfte ohne Vertretungsmacht aufzufassen und nach §§ 177 fg. zu behandeln. Daher ist das einseitige Geschäft nichtig, der Vertrag dagegen hängt von der Genehmigung des Mündels ab, die vor dessen Volljährigkeit von ihm nur mit Zustimmung eines Pflegers oder durch einen Pfleger ertheilt werden kann. Da indessen auch Verträge in Frage kommen können, die dem Mündel lediglich einen rechtlichen Vortheil gewähren: das Schenkungsversprechen der Ehefrau oder eines Ascendenten oder Descendenten des Vormundes zu Gunsten des Mündels kann der Vormund nicht annehmen (1795 Abs. 1 Ziff. 1), so kann es auch vorkommen, daß der Mündel allein zur Genehmigung zuständig ist.

Dieselben Sätze gelten, wenn dem Vormund die Vertretung nach § 1796 entzogen ist; denn hiervon kann gewiß die Folge keine andere sein, als daß der Vormund, soweit die Entziehung reicht, ohne Vertretungsmacht ist.

Anders dagegen verhält es sich bei Schenkungen aus dem Mündelvermögen. In Bezug auf solche ist durch § 1804 S. 1 (ausgenommen die Fälle des Satzes 2) nicht nur dem Vormunde die Vertretungsmacht entzogen, sondern sie sind für objectiv unmöglich erklärt. Denn es ist gar nicht möglich, einen Pfleger aufzustellen, der die Schenkung genehmigen könnte (1915 Abs. 1). Sie sind nichtig; denn daß sie von der Genehmigung des Mündels nach erlangter Volljährigkeit abhängen sollten, ist als Absicht des Gesetzes nicht anzusehen.

3. Der allgemeine Satz, daß Mündelvermögen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts veräußert werden darf (§ 441), besteht im BGB. nicht. Es sind aber eine Reihe von Fällen wichtigerer Rechtsgeschäfte aufgestellt, in denen der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf; in gewissen anderen Fällen bedarf er der Genehmigung des Gegenvormundes. Für beiderlei Bestimmungen ist es auch nach BGB. gleichgültig, ob der Vormund den Mündel vertritt, oder ob der Mündel mit Zustimmung des Vormundes handelt (§ 442 zu 5).

a. Genehmigung des Gegenvormundes ist erforderlich bei Verfügungen über Forderungen und andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert

werden kann, sowie über Werthpapiere, und zur Eingehung von Verpflichtungen zu derartigen Verfügungen. Eingeschlossen in diese Bestimmung ist im Allgemeinen auch die Verfügung über eine Forderung durch Annahme der Leistung; hiervon aber bestehen Ausnahmen. Ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben (1819—1822), so ist die Genehmigung des Gegenvormundes nicht erforderlich, die vorgeschriebene Genehmigung des Gegenvormundes wird durch diejenige des Vormundschaftsgerichts ersetzt. Dasselbe kann auch dem Vormunde eine allgemeine Ermächtigung ertheilen, welche ihn von der Genehmigung des Gegenvormundes entbindet; dieß soll aber nur geschehen, wenn es zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes erforderlich ist (1812. 1813. 1825).

Die Anlegung von Mündelgeld bei Sparkassen, Banken, Hinterlegungsstellen (1809) soll nur mit der Bestimmung erfolgen, daß zur Erhebung die Genehmigung des Gegenvormundes (oder des Vormundschaftsgerichts) erforderlich ist, weil ohne diese Bestimmung der Vormund der Vorschrift des § 1812 nach den Vorschriften über Inhaberpapiere und Legitimationspapiere entgehen könnte. Wird die Vorschrift des § 1809 nicht befolgt, so ist die Anlage gültig, so wie sie bewirkt ist; der Vormund macht sich aber verantwortlich.

Ebenso legt die Vorschrift des § 1810 dem Vormunde nur die Verpflichtung auf, die Anlage nur mit Genehmigung des Gegenvormundes oder statt dessen des Vormundschaftsgerichts zu bewirken; die Anlage ist aber auch ohne dieß gültig.

Die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes wird nach Obigem in allen Fällen durch diejenige des Vormundschaftsgerichtes ersetzt. Ist kein Gegenvormund vorhanden, so tritt in den Fällen der §§ 1810. 1812 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an die Stelle der Genehmigung des Gegenvormundes; sind jedoch mehrere Vormünder vorhanden, welche die Vormundschaft gemeinschaftlich ohne Gegenvormund führen, so bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, sondern nur seiner Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten (1797 Abs. 1). Genaueres, auch zu § 1809, vgl. unt. zu § 443 unter 2.

Ueber die Ertheilung und Verweigerung der Genehmigung des Gegenvormundes, die Zurücknahme dieser Erklärungen, die Folge mangelnder Genehmigung gilt Entsprechendes wie bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1832; s. unten b. g. E.)

b. Das Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist aufgestellt bei Rechtsgeschäften, welche sich auf Grundstücke oder Rechte an Grundstücken beziehen (mit Ausnahme der Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden) und zwar sowohl bei dinglichen Verfügungen und Verfügungen über eine auf dingliche Rechtsveränderung gerichtete Forderung, wie bei Eingehung von Verpflichtungen zu solchen Verfügungen und bei obligatorischen entgeltlichen Erwerbsverträgen (1821). Ferner ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich für Verpflichtungen zu einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen (1822 Ziff. 1), oder, was selbstverständlich, über einen Bruchtheil desselben. Eine entsprechende Vorschrift in Betreff einer dinglichen Verfügung über das Vermögen im Ganzen brauchte nicht aufgestellt zu werden, da

eine solche Verfügung, im Allgemeinen wenigstens, nicht möglich ist, sondern die Verpflichtung nur durch Einzelverfügungen realisirt werden kann Eine Einzelverfügung wird dadurch, daß sie den Zweck hat, zur Erfüllung einer vom Vormundschaftsgericht nicht genehmigten Verpflichtung zur Verfügung über das ganze Vermögen zu dienen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht in weiterem Maße bedürftig, als sonst ihrem Inhalt entspricht. Sie entbehrt aber, wenn das Verpflichtungsgeschäft in Folge verweigerter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nichtig ist, des rechtlichen Grundes.

Eine Verfügung, welche ausnahmsweise unmittelbar für das ganze Vermögen wirkt (1438 Abs 2), ist die Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft, zu der es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (1437 Abs. 2). Dasselbe gilt für die Begründung der Fahrnißgemeinschaft (1549), nicht aber für die der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft. Die Eheschließung der minderjährigen Frau selbst, obwohl sie gesetzlich auf deren ganzes Vermögen wirkt (1363), bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, wohl aber die ebenfalls gesetzlich das ganze Vermögen beeinflussenden Akte der Annahme an Kindesstatt (1751 Abs. 2) und der Einwilligung in die Ehelichkeitserklärung (1729 Abs. 2).

Auch in Ansehung einer dem Mündel angefallenen Erbschaft verlangt das Gesetz die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur für Verpflichtungen zu einer Verfügung über die Erbschaft (1822 Ziff. 1), weil es eine dingliche Gesammtverfügung über dieselbe nicht gibt. Dagegen erkennt das Gesetz eine Gesammtverfügung über einen angefallenen Erbtheil an (2033) und fordert deßhalb auch für diese die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1822 Ziff. 1); daß die letztere zur Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über einen Erbtheil nothwendig ist, ergibt sich aus der dahingehenden Vorschrift über die Erbschaft. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist auch erforderlich zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zum Verzicht auf einen Pflichttheil nach dem Erbfall, zum Erbtheilungsvertrage (1822 Ziff. 2); aber auch zum Erbverzicht und Pflichttheilsverzicht bei Lebzeiten des Erblassers (2347 Abs. 1); sodann zur Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über einen künftigen gesetzlichen Erbtheil oder einen künftigen Pflichttheil (1822 Ziff. 1); mehr in Betreff von Verträgen über die Erbschaft eines Dritten zu sagen, war wegen § 312 nicht nöthig.

Ferner bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gewisse Verträge über Erwerbsgeschäfte (1822 Ziff. 3 [1823 ist nur instructionell]), Pacht- und Mieth-Verträge unter den Voraussetzungen von § 1822 Ziff. 4. 5, Lehr-, Dienst- und Arbeits-Verträge unter den Voraussetzungen von § 1822 Ziff. 6. 7.

Ferner die Aufnahme von Geld auf den Credit des Mündels in jeder Form, die Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber, die Eingehung von Wechsel- oder anderen Ordreverpflichtungen (1822 Ziff 8. 9), die Eingehung von Bürgschaften und die sonstige Uebernahme fremder Verbindlichkeiten (1822 Ziff. 10). Zu diesen Akten kann das Vormundschaftsgericht dem Vormunde eine allgemeine Ermächtigung ertheilen, soll dieß aber nur thun, wenn es zur Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes erforderlich ist (1825).

Ferner Vergleiche und Schiedsverträge über unschätzbare Gegenstände oder solche im Werthe von mehr als 300 Mark (1822 Ziff. 12), Aufhebung oder Minderung der für eine Forderung des Mündels bestehenden Sicherheit oder Eingehung einer Verpflichtung dazu (1822 Ziff. 13).

Gegenstände, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, kann der Vormund auch nicht ohne diese Genehmigung dem Mündel zur freien Verfügung oder zur Erfüllung eines vom Mündel geschlossenen Vertrages überlassen (1824; vgl. 110).

Weitere Fälle nothwendiger Genehmigung des Vormundschaftsgerichts können sich aus den Hinterlegungen und Umschreibungen der §§ 1814—1816. 1818 ergeben; s. 1819. 1820. Nur instructionell 1803 Abs. 2.

Endlich vgl. von zerstreuten im Vorigen noch nicht erwähnten Bestimmungen: 112. 1336 Abs. 2. 1484 Abs. 2. 1491 Abs. 3. 1492 Abs. 3. 1595 Abs. 2. 1714. 1728 Abs. 2. 1729 Abs. 1. 1731. 1751 Abs. 1. 1755. 1770. 2275. 2282 Abs. 2. 2290 Abs. 3. 2291. 2292. 2347 Abs. 2.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (vgl. noch 1826. 1827. 1847) ist ein Staatsakt, kein Rechtsgeschäft; sie ist nicht die Zustimmung eines Dritten im Sinne der §§ 182 fg.; sie heißt nicht nur dann, wenn sie dem genehmigten Geschäfte folgt „Genehmigung" (vgl. 184), sondern auch, wenn sie ihm vorangeht. Sie ist zu erklären dem Vormunde gegenüber (1828). Sie ist eine Verfügung (Ges. über freiw. Gerichtsbarkeit § 55), welche das Vormundschaftsgericht ändern kann (das. § 18 Abs. 1). Die Aenderung der Genehmigung wie ihrer Verweigerung ist aber ausgeschlossen, sobald die Verfügung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist (das. § 55). Das ist der Fall, sobald das im voraus genehmigte Rechtsgeschäft vorgenommen und in Kraft getreten ist (130). Wird vor der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Genehmigung nachgesucht, aber verweigert, so hat das nur die Folge, daß das dennoch vorgenommene Rechtsgeschäft als ein ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommenes erscheint, die nachträgliche Genehmigung des geschlossenen Vertrages bleibt also möglich. Wenn nämlich ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen wird, so ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Vertrag oder um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Im ersteren Falle hängt der Vertrag von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Diese ebenso wie ihre Verweigerung, welche den Vertrag rückwirkend vernichtet, wird dem anderen Theile gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgetheilt wird (1829 Abs. 1). Bis dahin also kann das Vormundschaftsgericht sie noch zurücknehmen, und der Vormund selbst kann ihre Zurücknahme, oder ihre Aufhebung im Beschwerdeweg betreiben, auch wenn es noch derselbe Vormund ist, der den Vertrag geschlossen hat. Eben um ihm diese Möglichkeit weder in Betreff der Genehmigung noch ihrer Verweigerung zu nehmen, soll nur er, nicht das Vormundschaftsgericht, dem Dritten die Genehmigung wirksam mittheilen können (Mot. IV S. 1154). Der Mitcontrahent kann den Vormund zur Mittheilung darüber auffordern, ob die Genehmigung ertheilt sei. Dann kann die Mittheilung der Genehmigung nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erfolgen; anderenfalls gilt die Genehmigung als verweigert, auch wenn sie in Wahrheit ertheilt war (1829 Abs. 2). Einen Zwang zur Mittheilung der ertheilten Genehmigung oder einen Anspruch

gegen den Vormund, der binnen der Frist die Mittheilung unterläßt, hat der Dritte nicht; nur der Mündel kann den Vormund in Anspruch nehmen, wenn er ein vortheilhaftes Geschäft durch Unterlassen jener Mittheilung verfallen läßt. Ist der Mündel volljährig geworden, so tritt seine Genehmigung an Stelle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1829 Abs. 3). Diese Genehmigung muß also innerhalb der etwa bei Vollendung des 21. Jahres laufenden zweiwöchigen Frist an den Mitcontrahenten erklärt werden. War die Aufforderung zur Mittheilung nicht erlassen, so kann nun der Mitcontrahent den volljährig Gewordenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern.

Der Mitcontrahent ist solange gebunden, bis die Genehmigung verweigert und dieß ihm vom Vormunde mitgetheilt wird, oder bis die Genehmigung als verweigert gilt; nur dann kann er bis zur Mittheilung der nachträglichen Genehmigung widerrufen, wenn der Vormund wahrheitswidrig das Vorliegen der Genehmigung behauptet und der Mitcontrahent nicht die Unwahrheit gekannt hat (1830).

Ein einseitiges, ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig. Dasselbe gilt, wenn die Genehmigung zwar ertheilt ist, aber nicht in schriftlicher Form dem Gegner vorgelegt wird, und dieser ohne schuldhaftes Zögern aus diesem Grunde das Geschäft zurückweist (1831); vgl. dazu Ubbelohde Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 122 fg.

4. Daß der Vormund nichtig handelt, wenn er seine Vertretungsmacht dolos zum Nachtheil des Mündels ausübt (§ 440 zu [b]), spricht das BGB. nicht aus, und zwar absichtlich. Man hat eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht als zu gefährlich für Dritte und als im Interesse des Mündels nicht erforderlich angesehen, da dem Mündel die sonstigen Beschränkungen des Vormundes, insbesondere die Sätze über das Erforderniß der Genehmigung des Gegenvormundes und des Vormundschaftsgerichts ausreichenden Schutz gewähren (Mot. IV S. 1086).

5. Aus unerlaubten Handlungen des Vormundes gegen Dritte (§ 440 zu [c]) haftet der Mündel nicht; nicht er ist es, der den Vormund zur Geschäftsführung für sich bestellt (vgl. 831). Handelt es sich jedoch um die Erfüllung einer dem Mündel obliegenden Verbindlichkeit, so haftet dieser für das Verschulden seines Vormundes wie für eigenes Verschulden (278).]

γ. Rechtsverhältniß bei Mehrheit der Vormünder *.

§ 443.

Wenn der Mündel mehrere Vormünder hat, so ist möglich: 1) daß die Berufung eines jeden derselben auf einen besonderen, örtlich oder sachlich abgegrenzten Geschäftskreis geht [1]; oder 2) daß

---

* Glück XXIX S. 173 fg, XXX S. 353 fg., Rudorff II S. 231 fg., III S. 22 fg., v. Löhr ACPra. XI S. 3 fg., Baron Gesammtverhältnisse § 39.

[1] Der Beschränkung der ursprünglichen Berufung steht es natürlich gleich, wenn gegen die Berufung für einen Theil der Vermögensverwaltung ein Ab- § 443.

zwar jeder Vormund auf die ganze Vormundschaft berufen, die Verwaltung derselben aber zwischen den Mehreren getheilt [2] oder Einem ausschließlich übertragen [3] ist; oder endlich 3) daß auch die Verwaltung der Vormundschaft, wie diese selbst, ungetheilt ist. Im ersten Fall ist die rechtliche Stellung eines jeden Vormundes die gleiche, als wenn er allein Vormund wäre [4]. Im zweiten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung nur so weit, als sie ihm überwiesen ist [5]; er ist aber außerdem verpflichtet, die Verwaltung der Mitvormünder zu überwachen, und kann, wenn er in dieser Beziehung etwas versäumt, aus den Fehlern derselben in zweiter Linie auch seinerseits in Anspruch genommen werden [6]. Im

---

lehnungsgrund geltend gemacht und durchgeführt wird. Anders, wenn einem Vormund für einen Theil der Geschäfte, ohne Entbindung von denselben, nur ein Nebenvormund zugeordnet wird. S. l. 27 pr. D. 26, 5, l. 8 § 1 C. 6, 61, Nov. 117 c. 1, und die Stellen in § 433 [34]; l. 21 § 2—4 D. 27, 1; l. 9 § 9 D. 26, 7, l. 5 C. 5, 36.

[2] L. 36 D. 26, 7: — „divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est“.

[3] Der verwaltende tutor heißt tutor gerens, ihm gegenüber der nichtverwaltende tutor honorarius. L. 3 § 2 D. 26, 7, l. 14 § 1 D. 46, 3, l. 60 § 2 D. 23, 2. Neben dem tutor honorarius wird in den Quellen noch der tutor notitiae causa datus genannt. Derselbe hat dem verwaltenden tutor gegenüber die Stellung eines tutor honorarius, außerdem aber die Pflicht, denselben durch seine Sachkenntniß zu unterstützen. L. 14 § 1. 6 D. 46, 3, l. 32 § 1 D. 26, 2, l. 1 C. 5, 38.

[4] L. 3 C. 5, 44.

[5] a) Recht der Verwaltung: l. 4. l. 51 D. 26, 7, l. 100 D. 46, 3, l. 4 D. 26, 8, l. 5 C. 5, 59. Wie, und ob überhaupt, mit diesen Stellen l. 14 § 1 D. 46, 3 und l. 49 D. 29, 2 zu vereinigen seien, ist sehr bestritten. S. darüber Glück XXIX S. 184 fg., Rudorff II S. 302 fg., Vangerow I § 281 Anm., Baron S. 415—416, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Jedenfalls können die genannten Stellen für das heutige R., nach welchem die Befugniß zur Verwaltung durch die Obrigkeit ausdrücklich verliehen werden muß (§ 436 [2]), keine Schwierigkeiten machen. Sf. XV. 228. b) Pflicht der Verwaltung: l. 2 C. 5, 38, l. 2 C. 5, 52, l. 51. l. 55 pr. i. f. D. 26, 7. S. übrigens auch l. 39 § 3. 7. l. 47 § 2 D. 26, 7. c) Die gegen den Mündel begründeten Ansprüche können gegen jeden Vormund geltend gemacht werden, welcher etwas aus dem Vermögen des Mündels in Händen hat, l. 36. l. 47 § 7 D. 26, 7. Ueber l. 2 C. 5, 35 s. Glück XXX S. 413 fg.

[6] L. 3 § 2. l. 9 § 8. l. 19. l. 41. l. 55 § 4 D. 26, 7, l. 60 § 2 D. 23, 2, l. 12 D. 46, 6 (wo statt „idonea culpa“ zu lesen ist „idonei culpa“), l. 2 C. 5, 52, l. 1 C. 5, 38. Vgl. § 298 [9]. — Daß der Vormund erst in zweiter Linie haftet, will in diesem Falle (vgl. Note [10]) sagen, daß er erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auch von der Obervormundschaftsbehörde (§ 445) nichts zu erlangen ist. L. 1 § 15 i. f. D. 27, 3. l. 46 § 6 D. 26, 7. S. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II S. 664 [36].

dritten Fall hat jeder Vormund Recht nnd Pflicht der Verwaltung ungetheilt [7]; er wird aber, was das Recht der Verwaltung angeht, durch den Widerspruch eines jeden Mitvormundes gehemmt [8], und was die Pflicht der Verwaltung angeht, so haftet er zwar aus den Fehlern der Mitvormünder unbedingt, da er seinerseits sich der Sache hätte annehmen sollen [9], aber ebenfalls erst in zweiter Linie [10].

---

[7] a) R. der Verwaltung: l. 3 pr. l. 24 § 1 D. 26, 7, l. 14 § 5 D. 46, 3, l. 1 C. 5, 40, l. 4 pr l. 5 pr. D. 26, 8, l. 5 C. 5, 59. Vgl. Ulp. XI, 26. Sf. XVII. 259, XIX. 162. RG. XII S. 150 (Sf. XXXVIII. 137), b) Pflicht der Verwaltung: s. Note [9, 10]. Anders jedoch in dem Falle, wo jede Vormundschaft auf einem besonderen Berufungsgrunde beruht, l. 46 § 6 D. 26, 7.

[8] Arg. l. 7 § 3 D. 27, 10. Vgl. Sintenis § 151 [4]. Anders Baron S. 414—415.

[9] — „tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet", l. 5 D. 27, 8. S. ferner l. 55 pr. D. 26, 7, l. 2 C. 5, 52, und die in der folgenden Note citirten Stellen. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 59—72, und über l. 14 D. 26, 7 und l. 1 C. 5, 55 dens. § 10 [7]. Kann ausnahmsweise dem Vormund ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß er sich der Sache nicht angenommen hat, so haftet er auch nicht. A. M. Sintenis § 151 [5].

[10] L. 39 § 11. l. 55 § 2 D. 26, 7, l. 8 C. 5, 37, l. 5 i. f. C. 5, 36, l. 6 C. 5, 51, l. 3 C. 5, 52, l. 2 C. 5, 54, l. 1 C. 5, 64. Vgl. § 298 [9]. Brinz 2. Aufl. II S. 663 will die Subsidiarität der Haftung nur demjenigen Vormund zu gute kommen lassen, der überhaupt nicht verwaltet hat. Aber ist ein Grund vorhanden, den Vormund, welcher sich der Verwaltung gar nicht angenommen hat, besser zu behandeln, als denjenigen, der sich eines einzelnen Geschäfts nicht angenommen hat? Vgl. l. 5 D. 27, 8: — „nam etsi aliquam partem negotiorum administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet". S. auch l. 6 § 1 C. 5, 51, in welcher Stelle unter dem in zweiter Stelle haftenden Vormund kaum ein anderer verstanden werden kann, als derjenige, der ein bestimmtes Geschäft nicht verwaltet hat. Im Uebrigen enthalten diese Stellen, wie l. 55 pr. D. 26, 7 und l. 2 C. 5, 52, den Ausdruck der Regel der solidarischen Verhaftung und nehmen auf den Gegensatz zwischen principaler und subsidiärer Verhaftung keine Rücksicht; l. 55 cit. würde, wenn man dieß nicht annehmen wollte, den Satz enthalten, daß auch derjenige principal hafte, der „nihil omnino gessit". Freilich, soweit ein Vormund einem Anderen die Verwaltung übergeben hat, hat er selbst verwaltet; dieß sagt l. 55 § 2 D. 26, 7. Brinz geht übrigens noch weiter, und läßt selbst den tutor non gerens principal haften, wenn der Schaden nicht durch positive Thätigkeit, sondern durch Unterlassung des anderen Vormunds verursacht worden ist. — Der Vormund haftet aber in diesem Falle nicht hinter, sondern vor der Obervormundschaftsbehörde, l. 1 § 15 D. 27, 3, l. 46 § 6 D. 26, 7, l. 4 C. 5, 75. Der Gegensatz dieser Bestimmung gegen die entsprechende Bestimmung im Falle der Note [6] erklärt sich so: der Vormund ist in diesem Falle, wenngleich er den Fehler nicht selbst gemacht hat, doch immerhin Schuld daran, daß derselbe gemacht worden ist, während er in dem Falle der Note [6] nur daran Schuld ist, daß der den Fehler begehende Vormund Vormund geblieben ist. In

— Uebrigens kann sowohl Theilung der Verwaltung, als Uebertragung der Verwaltung an einen Vormund ausschließlich, mit rechtlicher Wirkung nur durch die Obervormundschaftsbehörde geschehen [11], und namentlich bindet eine Vereinbarung der Vormünder unter sich weder den Mündel noch überhaupt einen Dritten [12].

Wenn der Vormund wegen Insolvenz des Mitvormundes etwas leisten muß, wofür er erst in zweiter Linie haftet, so kann er sowohl von dem Mündel, welchen er befriedigt, Abtretung der diesem gegen den Mitvormund zustehenden Forderung verlangen, als auch ohne diese Abtretung direct auf den Mitvormund zurückgreifen [13]. Mehrere Vormünder, welche sich in der gleichen Lage befinden [14], haben die Rechtswohlthat der Theilung [15], und wenn Einer wegen Insolvenz des Mitvormundes das Ganze leisten muß, so hat derselbe ebenfalls sowohl einen Anspruch gegen den Mündel auf Forderungsabtretung, als einen directen Rückgriff gegen den Mitvormund [16].

---

beiden Fällen ist der Fehler auf ihn zurückzuführen; aber im ersten Falle direct, im zweiten nur indirect.

[11] Nach r. R. auch durch den letztwilligen Ernenner. Wenigstens erkennt dieß mit Bestimmtheit l. 2 C. 5, 52 an, während l. 3 D. 26, 7 (s. namentlich § 1 und 3) die letztwillige Ernennung nur als Grundlage obrigkeitlicher Anordnung auffaßt. Für das heutige R. ist die Frage durch die Nothwendigkeit der bei jeder Vormundschaft eintretenden obrigkeitlichen Bestallung erledigt. — Bei ihrer Anordnung soll die Obervormundschaftsbehörde auf die Wünsche der Vormünder oder ihrer Mehrheit Rücksicht nehmen. L. 3 § 6 — l. 4 D. 26, 7, § 1 I. 1, 24, l. 3 pr. D. 3, 1, l. 3 § 5 D. 46, 7, Nov. 118 c. 5. Ein anderer in den Quellen angeführter Bestimmungsgrund für die obervormundschaftliche Anordnung, daß sich nämlich von mehreren an und für sich zur Sicherheitsleistung nicht verpflichteten Vormündern Einer, um die Verwaltung allein zu erhalten, zur Sicherheitsstellung erbietet (l. 17 — l. 19 § 1 D. 26, 2, l. 5 § 3. 4 D. 26, 4, l. 4 C. 5, 42, § 1 I. cit.) fällt für das heutige R. weg (§ 436 [6]).

[12] L. 5 D. 27, 8, l. 2 i. f. l. 3 C. 5, 52. S. auch l. 5 § 3. l. 55 pr. § 2 D. 26, 7.

[13] L. 29 [30] D. 3, 5, l. 1 § 13. 18 D. 27, 3, l. 2 C. 5, 58. Vgl. § 298 [12. 13]. Ueber die Natur des Anspruchs gegen den Mitvormund s. unten Note [16].

[14] S. außer den im Folgenden genannten Stellen noch l. 39 § 11. l. 55 § 3 D. 26, 7, l. 15 D. 27, 3, l. 6 C. 5, 51, l. 2 C. 5, 52, l. 1 § 43 D. 16, 3.

[15] L. 38 pr. § 1 D. 26, 7, l. 1 § 11. 12 D. 27, 3, l. 6 D. 27, 7. Vgl. § 298 [10] und Sintenis § 151 [8]. Sf. V. 297.

[16] L. 1 § 13. l. 21 D. 27, 3, l. 6 C. 5, 51, l. 2 C. 5, 52. Ausnahme für den Fall gemeinschaftlicher Arglist: l. 1 § 14 D. 27, 3, l. 38 § 2 D. 26, 7. Vgl. § 298 [12. 13]. — Der Anspruch gegen den Mitvormund wird in diesem Fall, wie in dem Falle der Note [13], als utilis actio bezeichnet, l. 1 § 13 D.

[1. Nach BGB. soll in der Regel für einen Mündel und für mehrere Geschwister nur ein Vormund bestellt werden (1775). Neben denselben tritt, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, regelmäßig ein Gegenvormund. Der Bestellung desselben bedarf es jedoch nicht, wenn die Verwaltung nicht erheblich ist; andererseits ist die Bestellung auch dann zulässig, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung überhaupt nicht verbunden ist (1792 Abs. 1. 2). Der eheliche Vater und die eheliche Mutter können für den von ihnen benannten Vormund die Bestellung eines Gegenvormundes letztwillig unter den Bedingungen des Benennungsrechtes ausschließen, eine Anordnung, die jedoch vom Vormundschaftsgericht außer Kraft gesetzt werden kann, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde (1852. 1855—1857).

a) Die Berufung und Bestellung des Gegenvormundes folgt denselben Sätzen wie die des Vormundes (1792 Abs. 4). Entsprechendes gilt für das Ende des Amts des Gegenvormundes (1895); daß dieses Amt endigt, wenn die Vormundschaft objectiv endigt (1882—1884), ist selbstverständlich.

b) Der Gegenvormund hat Recht und Pflicht der Aufsicht über den Vormund, Recht auf Auskunft, auf Einsicht der Papiere, Pflicht der Anzeige an das Vormundschaftsgericht bei Pflichtwidrigkeiten des Vormundes, sowie in jedem anderen Falle, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist (insbesondere Tod des Vormundes, sonstiger Grund der Endigung seines Amtes, oder seiner Entlassung) (1799). Er hat bei der Inventarisirung des Mündelvermögens mitzuwirken (1802). Ueber seine Genehmigung zu Rechtshandlungen s. zu § 442 I, 3, a. Er ist, wenn thunlich, vor der Entscheidung über die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtshandlungen zu hören (1826), auch soll er gehört werden vor der Entscheidung über ein Honorar des Vormundes (1836 Abs. 2). Der Gegenvormund ist auskunftspflichtig gegenüber dem Vormundschaftsgericht (1839), hat mitzuwirken bei Rechnungslegung (1842. 1891) und Vermögensübersicht (1854). — S. noch 1859. 1873. —

27, 3, l. 2 C. 5, 58, und es liegt nahe, diese utilis actio als die durch gesetzliche Cession (§ 330, 3) übertragene actio des Mündels aufzufassen. Diese Meinung wird vertreten von Glück XXX S. 375 fg., v. Lindelof ACPra. VII S. 109 fg., Mühlenbruch Cession S. 474 fg., Rudorff III S. 37, Schmid Cession I S. 359 fg. Gegen dieselbe spricht l. 76 D. 46, 3; wenn Modestin hier hervorhebt, daß die durch den Mündel vorgenommene Cession in dem Falle unwirksam sei, wo sie erst nach erhaltener Befriedigung vorgenommen werde, so kann er unmöglich angenommen haben, daß dem Vormund auch ohne Cession des Mündels dessen Klager. zustehe. Gegen die bezeichnete Meinung spricht ferner, wenngleich nicht in entscheidender Weise, l. 29 [30] D. 3, 5, wo das Klager. des Vormundes als negotiorum gestorum actio bezeichnet wird (§ 431 [12]). Das Argument, welches man für die bezeichnete Meinung aus l. 2 § 9 D. 50, 8 herleitet, ist sehr zerbrechlich (es heißt: in collegam, und es ist nicht nothwendig, hinter solet zu interpungiren), und ebensowenig entscheidend ist die von Schmid geltend gemachte l. 3 D. 27, 8. Das Praktische der Frage liegt darin, daß, wenn die utilis actio auf gesetzlicher Cession beruht, sie dem Vormund auch die Nebenrechte der Forderung des Mündels gewährt.

c) Der Gegenvormund haftet dem Mündel für jedes Verschulden in seiner Amtsführung (1833), für ein Verschulden des Vormundes also nur, sofern ihn ein Mitverschulden trifft. Haften Vormund und Gegenvormund nebeneinander, so sind sie Gesammtschuldner. Sie haften also auf gleicher Stufe und ohne Einrede der Theilung (anders als im gem. R.; vgl. zu [6. 10. 15]). Besteht das Mitverschulden des Gegenvormundes nur in Verletzung seiner Aufsichtspflicht, so trägt im Verhältniß zwischen Gegenvormund und Vormund der letztere den Schaden allein (1833 Abs. 2). Nicht nur in Verletzung der Aufsichtspflicht besteht das Verschulden des Gegenvormundes z. B. dann, wenn er bei der Genehmigung einer Rechtshandlung fahrlässig handelt oder dem Vormundschaftsgericht für dessen Genehmigung ein fahrlässiges Gutachten gibt. In solchen Fällen tragen Vormund und Gegenvormund den Schaden nach § 426 Abs. 1 S. 1 zu gleichen Theilen. Soweit danach der Leistende Rückgriffsrecht hat, geht der Anspruch des Mündels von selbst auf ihn über (426 Abs. 2); einer Cession (zu [13. 16]) bedarf es nicht.

d) Der Gegenvormund hat Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen nach gleichen Sätzen wie der Vormund (1835); eine Vergütung ist ihm nur aus besonderen Gründen zu bewilligen (1836).

2. Sind mehrere Vormünder bestellt, so gilt Folgendes:

a) An und für sich führen sie die Vormundschaft gemeinschaftlich (1797 Abs. 1), müssen also an und für sich bei jeder Handlung übereinstimmen (zu [8]); es entscheidet aber bei Meinungsverschiedenheiten das Vormundschaftsgericht, dessen Entscheidung, wenn sie für die Handlung ausfällt, den Widerspruch des Gegners unwirksam macht (1797 Abs. 1 S. 2); dabei ist aber vorbehalten, daß bei der Bestellung des Vormundes über die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten etwas anderes bestimmt werden kann. Worin diese Bestimmungen bestehen können, ist nicht gesagt; das Gericht wird sowohl Entscheidung nach Stimmenmehrheit festsetzen, wie auch bestimmen können, daß in einem umschriebenen Wirkungskreis die Stimme eines Vormundes den Ausschlag gibt; denn es kann nach § 1797 Abs. 2 auch einem Vormunde einen Wirkungskreis allein übertragen. Letztwillig vom Vater oder der Mutter für die von ihnen benannten Vormünder unter den Bedingungen des Ernennungsrechtes getroffene Bestimmungen sind nicht von selbst wirksam, sollen aber vom Vormundschaftsgerichte befolgt werden, wenn nicht hierdurch das Interesse des Mündels gefährdet werden würde (1797 Abs. 3).

b) Bei gemeinschaftlicher Führung der Vormundschaft durch mehrere Vormünder kann die Bestellung eines Gegenvormundes auch bei bedeutender Vermögensverwaltung unterbleiben (1792 Abs. 2). Ist er bestellt, so sind seine Functionen die nämlichen wie sonst. Ist er aber nicht bestellt, so tritt in den Fällen der §§ 1810. 1812 nicht (wie sonst) an die Stelle seiner Genehmigung diejenige des Vormundschaftsgerichts, sondern dasselbe entscheidet nur bei Meinungsverschiedenheiten; auch dieß fällt weg, wenn für die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten anderweitig gesorgt ist. Die Vorschrift des § 1809 dagegen enthält eine entsprechende Clausel nicht. Es gewinnt also den Anschein, daß, wenn mehrere gemeinschaftlich verwaltende Vormünder keinen Gegenvormund haben, die Anlage von Mündelgeld bei Sparkassen und Banken nur in der Weise erfolgen soll, daß zur Erhebung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

erforderlich ist. Allein da der Zweck des § 1809 nur ist, eine Umgehung des § 1812 zu verhindern (Mot. V S. 1119 fg.), dieser aber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im gleichen Falle nicht verlangt, so wird auch die im § 1809 dem Vormund auferlegte Verpflichtung nicht verletzt werden, wenn die Anlage so erfolgt, daß die Erhebung des Geldes Zustimmung aller Vormünder oder den Nachweis der für die Erhebung ausgefallenen ordnungsmäßigen Entscheidung einer etwaigen Meinungsverschiedenheit voraussetzt.

c) Mehrere gemeinschaftlich verwaltende Mitvormünder haften jeder wegen seines Verschuldens, mehrere Schuldige haften als Gesammtschuldner ohne Einrede der Theilung und tragen im Verhältniß zu einander den Schaden zu gleichen Theilen (1833. 426 Abs. 1). Das Gesetz rechnet aber mit der Möglichkeit, daß ein Mitvormund trotz ungetheilter Verwaltung nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet; in diesem Falle soll im Verhältniß zwischen ihm und dem in erster Linie schuldigen Vormund der letztere den Schaden allein tragen (1833 Abs. 2 S. 2). Z. B. ist es möglich, daß ein Mitvormund ohne Fahrlässigkeit den Besitz einer Mündelsache dem andern allein überläßt; er ist dann aber verpflichtet, den besitzenden Vormund mit Bezug auf die Sache zu beaufsichtigen (Mot. IV S. 1179).

Soweit der Vormund, welcher dem Mündel Ersatz leistet, Rückgriff gegen Mitvormünder hat, geht der Anspruch des Mündels gegen den Mitvormund auf den Vormund über (426 Abs. 2).

d) Theilung der Verwaltung unter mehrere Vormünder nach Wirkungskreisen kann das Vormundschaftsgericht anordnen. Dahin gerichtete Bestimmungen der Eltern für die von ihnen benannten Vormünder wirken nicht von selbst, sollen aber vom Vormundschaftsgericht befolgt werden, soweit nicht ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde (1797 Abs. 2. 3). Im Falle einer solchen Theilung führt jeder Vormund innerhalb seines Wirkungskreises die Verwaltung selbständig (1797 Abs. 2 S. 2), erhält aber einen Gegenvormund nach den gewöhnlichen Grundsätzen; es hat nicht (vgl. zu [6]) jeder Vormund von selbst die Stellung eines Gegenvormundes für den Geschäftskreis des andern, aber es kann der eine zum Gegenvormund des andern bestellt werden (1792 Abs. 3). Steht die Sorge für die Person und für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zu, so entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten über die Vornahme einer sowohl die Person wie das Vermögen betreffenden Handlung das Vormundschaftsgericht (1798). Dasselbe muß gelten, wenn die Verwaltung nur eines Theils des Vermögens zum Wirkungskreise eines Vormundes gehört, während der andere für die Person und das übrige Vermögen zu sorgen hat, und nun um der Person willen eine Handlung vorzunehmen ist, welche auch in jenen Theil des Vermögens eingreift, wenn z. B. der Mündel eine Ausbildung beginnen soll, zu deren Kosten jener Vermögenstheil beitragen soll. Dasselbe gilt, wenn ein Vermögenstheil in den Händen eines Pflegers ist (1915). Handelt es sich dagegen nicht um eine Maßnahme für die Person, sondern nur um eine solche für das Vermögen, und wünscht ein Vormund diese Maßregel ausgedehnt zu sehen auf Vermögensbestandtheile, die der Verwaltung eines anderen Vormundes oder eines Pflegers unterstehen, so hat das Vormundschaftsgericht das Entscheidungsrecht des § 1798 nicht.]

δ. Haftung von Neben- und anderen Personen.

§ 444.

1. Neben dem Vormund haften die von ihm bestellten Bürgen [1] nach den gewöhnlichen Grundsätzen; nur daß die Rechtswohlthat der Theilung (§ 479) hier wegfällt [2]. Dem Bürgen steht gleich, wer vor der Obervormundschaftsbehörde die Versicherung der Tüchtigkeit des Vormundes abgegeben hat, ausdrücklich [3], oder stillschweigend durch Erbittung [4] oder Vorschlagung [5] einer bestimmten Person. — Steht der Vormund unter väterlicher Gewalt, so entscheiden über die Verpflichtung des Vaters aus seiner Person die gewöhnlichen Grundsätze [6]. — In letzter Linie kann auch die Obervormundschaftsbehörde in Anspruch genommen werden. S. darüber den folgenden §.

2. Derjenige, welcher ohne wirklich Vormund zu sein, als Vormund thätig wird, steht zu dem Quasi-Mündel in dem gleichen Verpflichtungsverhältniß, wie der wirkliche Vormund [7], und nur in

§ 444. [1] Dig. 27, 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . tutorum et curatorum. 46, 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5, 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. — Bei den Römern war es gebräuchlich, als Grundlage der Bürgschaft eine besondere Stipulation abzuschließen. Dieselbe nahm den Inhalt der actio tutelae in sich auf (l. 1. l. 4 § 6. l. 9. 10. 11 D. 46, 6), nicht jedoch auch den Inhalt der actio utilis wegen nicht übernommener Verwaltung (l. 4 § 3. 7 D. eod., vgl. § 438 [4a]). Dieß ist eine Eigenthümlichkeit eben der Stipulation rem pupilli salvam fore, und hat daher für uns keine Bedeutung. — Zu l. 2 i. f. C. 5, 57 vgl. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 566, Rudorff III S. 139. 143—145.

[2] L. 12 D. 46, 6. Ueber l. 7 D. 27, 7 f. Glück XXXII S. 382 fg., Keller a. a. O. S. 437, Rudorff III S. 143—145, Girtanner Bürgsch. S. 467.

[3] Affirmator. L. 4 § 3 D. 27, 7, vgl. l. 13 pr. D. 4, 4.

[4] Postulator. L. 2 D. 27, 7, l. 2 § 5 D. 26, 6, vgl. l. 3 C. 5, 46.

[5] Nominator. Rubr. tit. Dig. 27, 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . . tutorum vel curatorum, l. 2 eod. Die nominatio fand zweifelsohne ihre Hauptanwendung bei der im Justinianischen R. verschwundenen potioris nominatio (§ 435 [2]); f. aber auch l. 1 § 3 D. 27, 8, l. 2 C. 5, 31. Vielfach ist in den Quellen auch von einer nominatio der Municipalmagistrate die Rede (l. 1 § 5. 10 D. 27, 8, l. 1. 4. 5 C. 5, 75, l. 28 D. 26, 5, l. 6 C. 5, 34); diese hafteten aber nicht nach dem R. der Bürgschaft, sondern nach dem Re der actio subsidiaria (§ 445), und daher erst hinter den Bürgen und dem mitverwaltenden Vormund, l. 4 C. 5, 75.

[6] Actio de peculio, l. 21. l. 37 § 2 D. 26, 7, l. 11 D. 27, 3, l. 1 C. 4, 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. Auch die actio quod iussu findet hier eine analoge Anwendung: „si pater tutelam agnovit" (sc. ut suam), l. 7 D. 26, 1, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit.

[7] Dig. 27, 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

dem Fall, wo der Quasi-Mündel gar keinen Vormund haben kann, entscheiden die Grundsätze von der gewöhnlichen Geschäftsführung [8]. Wie der Vormund haftet auch dessen Erbe, wenn dieser nach dem Tode des Vormundes die Verwaltung des Mündelvermögens freiwillig fortführt, oder etwas von demselben an sich nimmt [9]. Zur Vollendung der vom Vormund begonnenen Geschäfte ist der Erbe verpflichtet, haftet dabei aber nur wegen grober Nachlässigkeit [10].

[Nach BGB. ist es keine Besonderheit mehr, daß Vormundsbürgen keine Einrede der Theilung haben (zu [2]). Der Satz zu [3. 4. 5] fehlt im BGB.; eine Haftung kann nur auf ein besonderes Rechtsverhältniß oder auf Arglist (826) gegründet werden. Ueber die Haftung des Waisenraths s. zu § 445 unter 3. Ein Vormund, der selbst unter elterlicher Gewalt steht (zu [6]), soll nicht vorkommen (1781 Ziff. 1; vgl. 1626); wird er dennoch bestellt, so haftet der Inhaber der elterlichen Gewalt für ihn nicht.

Vorschriften für den Fall, daß Jemand als Vormund thätig wird, ohne Vormund zu sein (zu [7. 8]), kennt das BGB. nicht. Man hat angesichts des Principes der gerichtlichen Bestellung des Vormundes solche Vorschriften nicht für nöthig gehalten (Mot. IV. S. 1035). Danach müssen die gewöhnlichen Grundsätze der freiwilligen Geschäftsführung zur Anwendung kommen.

Cod. 5, 45 de eo qui pro tutore negotia gessit. Er haftet also ebenfalls nur für diligentia quam suis (l. 4 D. 27, 5), vorausgesetzt jedoch, daß er in gutem Glauben gewesen ist; denn wußte er, daß er nicht Vormund sei, so haftet er nach der Regel des § 438 [6 a. E.] wegen omnis culpa. Vgl. Zimmern ACPra. I S. 252 fg. [RG. XXXVII S. 187 fg.] Contrarium iudicium: l. 5 D. 27, 5. Daß der Quasi-Vormund nicht die gleiche Macht hat, wie der wirkliche Vormund, versteht sich von selbst. S. l. 2 D. 27, 5, l. 2 C. 5, 45, tit. Dig. 27, 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicatur, und vgl. Neustetel ACPra. I S. 246 fg.

[8] L. 1 § 6 D. 27, 5, l. 24 D. 27, 3.

[9] L. 4 pr. § 2 D. 27, 7, l. 1 § 1 D. eod., l. 4 C. 5, 54, l. 7 § 13 D. 26, 7, l. 1. 2. 4 C. 5, 53. Der Erbe haftet in diesem Fall, wie der Vormund: also für diligentia quam suis. L. 4 pr. cit.: „tutelae iudicio eum teneri suo nomine". Von Anderen wird zwar behauptet, er hafte nur wegen lata culpa, auf Grund von l. 4 § 1 D. 27, 7. Aber wenn man bedenkt, wie wenig inneren Grund eine solche Milderung haben würde (der Erbe will sich entweder unrechtmäßigerweise bereichern, oder nimmt Geschäfte in die Hand, zu deren Besorgung ihn Niemand nöthigt), so wird man geneigt sein, die l. 4 § 1 cit. dadurch zu beseitigen, daß man sie auf den Fall der Fortsetzung von Geschäften bezieht, welche der Vormund unvollendet hinterlassen hat ([10]). L. 17 C. 2, 18 [19] handelt entweder von demselben Fall, oder von der Verhaftung des Erben für die Schuld des Vormundes (§ 438 [9]). Noch Andere wollen den Erben wegen levis culpa schlechthin haften lassen; dieß stimmt ebensowenig zu dem „tutelae iudicio" in l. 4 pr. cit. Vgl. Glück XXXII S. 370 fg., Rudorff III S. 48.

[10] L. 1 pr. D. 27, 7, l. 27 D. 49, 1, l. 1 § 1 D. 49, 13. Vgl. § 408 [12], § 411 [6].

Dieß begründet übrigens, da die Haftung des Vormundes die gemeinrechtliche Milderung (diligentia quam suis) nicht mehr kennt, in Bezug auf die Haftung des s. g. Protutors keinen Unterschied vom wahren Vormunde. (Ist Jemand zum Vormund bestellt, dessen Bestellung nach § 1780 nichtig ist, so vgl. 682.) Von einem Concursprivilegium des Quasi-Mündels im Concurse des Protutors kann keine Rede sein. Aufwendungen erhält der Quasivormund nicht nach § 1835, sondern nur nach § 683, 684 erstattet; es kommt also auf den wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn oder dessen Genehmigung an.

Anders gestaltet sich dagegen die Sachlage, wenn die Vormundschaft objectiv oder das Amt des Vormundes geendigt hat und der Vormund gemäß §§ 1893. 1682. 1683 weiterhandelt (vgl. ob. S. 143). Die hieraus zwischen Vormund und Mündel entspringenden Ansprüche sind vormundschaftsrechtliche.

Die Verpflichtung der Erben des Vormundes beschränkt sich auf die Pflicht der Anzeige vom Tode des Vormundes (1894). Man hat die Verpflichtung und damit Berechtigung der Erben zur Vollendung vom Vormund begonnener Geschäfte (zu [10]) für nicht im Interesse des Mündels liegend gehalten (Mot. IV S. 1201).]

d. **Obervormundschaft.**

§ 445.

Die Obervormundschaft, deren Functionen im Vorhergehenden angegeben worden sind [1], wird, wo nicht das Particularrecht abweichende Bestimmungen enthält, durch das ordentliche Gericht erster Instanz geführt [2]. Versäumt dasselbe etwas von den ihm obliegenden Pflichten, so haftet es [3] dem Mündel [3a] auf Schadensersatz,

---

§ 445. [1] S. § 433 [10] und Ziff. 3, § 434 z. A. und Ziff. 2, § 435 [4], § 436, § 437, 5, § 438 [16] und Ziff. 3, § 439 [18], § 441, § 443 [11]. Die Obervormundschaft ist nicht berechtigt, statt des Vormundes zu handeln: Sf. XXXI. 148.

[2] Die Obervormundschaft bildet einen Zweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Competent ist das Gericht des Wohnsitzes des Mündels (das römische forum originis ist hier, wie überhaupt, unanwendbar, vgl. l. 1 § 2 D. 26, 5, l. un. C. 5, 32, Rudorff I S. 370. 372), welcher Wohnsitz regelmäßig der letzte Wohnsitz des Vaters sein wird. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 341, Rudorff I S. 373, Glück XXIX S. 456—458. Sf. VI. 49, X. 62, XI. 299, XIX. 240, XXVIII. 141. Hat aber der Mündel Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken, so kann ihm in jedem derselben ein besonderer Vormund bestellt werden, wo dann auch jedes bestellende Gericht für das betreffende Vermögen eine besondere Obervormundschaft führt. L. 27 pr. D. 26, 5, l. 21 § 2 D. 27, 1, l. 2 C. 5, 62. Glück XXIX S. 457, Rudorff I S. 371, Sintenis III § 147 [88]. Sf. IV. 130, XIX. 239; vgl. IV. 131 und VIII. 148.

[3] Dig. 27, 8 Cod. 5, 75 de magistratibus conveniendis. R. P. O. Tit. 32 (31) § 3. Glück XXXII S. 406 fg., Rudorff III S. 153 fg. — Nach r. R. hafteten nur die magistratus municipales (diese auf Grund eines Senatsbeschlusses aus der Regierung K. Trajan's, l. 5 C. 5, 75), nicht die höheren Magistrate (l. 1 pr. § 3 D. 27, 8, l. 5 C. 5, 75; l. 2 § 8

d. h. es muß seinerseits die Verbindlichkeit des Vormundes erfüllen [4], wenn weder von diesem noch von den für ihn haftenden Nebenpersonen etwas zu erlangen ist [5]. Ist ein Mitvormund vorhanden, so muß bei ungetheilter Verwaltung auch dieser vorher ausgeklagt werden, während das Obervormundschaftsgericht vor demselben haftet, wenn die Verwaltung getheilt oder der Mitvormund ganz von der Verwaltung entbunden war [6]. Bei collegialischer Besetzung des Obervormundschaftsgerichts haften die Schuldigen solidarisch [7]; jedoch haben diejenigen, welche sich in gleicher Schuld befinden, abgesehen von dem Falle der Arglist, die Rechtswohlthat der Theilung [8], diejenigen, welche dem Collegen ein Geschäft überlassen haben, dessen Besorgung ihnen selbst in gleicher Weise obgelegen hätte, oder welche es nur an der nöthigen Beaufsichtigung haben fehlen lassen, die Rechtswohlthat der Vorausklage [9]. Auf die Erben des Schuldners

D. 27, 8, l. 6 C. 5, 75; l. 1 § 1 D. 27, 8, § 4 I. 1, 24), und auch jene nur wegen Nichtbestellung eines Vormundes, oder weil sie nicht für gehörige Bürgschaftsleistung des Bestellten gesorgt hatten, oder wegen unrichtiger Informirung des Magistrats (l. 1 § 6 D. 27, 8. l. 1 § 11. 17 D. eod., l. 2 § 5 D. 50, 1, § 2 I. 1, 24; l. 1 § 2. 3. 5. 11 D. 27, 8, l. 1. 4. 5 C. 5, 75, vgl. § 444 [5]). Dagegen heißt es in der R. P. O. a. a. O.: „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehen zu thun aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind oder dessen Gütern ungestrafft hingehen lassen sollen". Auf Grund des Ausdrucks „fleyßiges Auffsehen" muß das Obervormundschaftsgericht auch für verantwortlich wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit erklärt weden, gegen die Regel (§ 470 [1]), aber in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des r. R. über die Verhaftung der magistratus (l. 1 § 17. l. 4. 7 D. 27, 8, l. 2 C. 5, 75, s. aber auch l. 1 § 2 D. 27, 8). — Beweislast: l. 1 § 13 D. 27, 8, l. 11 D. 22, 3. Sf. XXX 253 Nr. III. IV. Vgl. § 439 [7] und Citate das.

[3a] [[Nicht dem Vormunde: Sf. XLV. 193.]]

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 9 D. 27, 8: — „eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores". Vgl. l. 1 § 14 D. 27, 8: „privilegium in bonis magistratus pupillus non habet". In l. 1. 5 C. 5, 75 wird die Klage actio utilis genannt. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 58. Sf. XXX. 253.

[5] Den Mündeln wird die Klage gegen die Obrigkeit als Klage gegeben, „quae ultimum eis praesidium possit adferre", § 2 I. 1, 24. Vgl. l. 5 C. 5, 75.

[6] S. § 443 [6. 10]. Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 420 fg., Rudorff III S. 174 fg., Sintenis III S. 260 fg. in der Anm. S. 277 in der Anm. bei f.

[7] Es haftet nicht das Gericht als solches. Sf. V. 298, XI. 252.

[8] L. 7. 8 D. 27, 8, l. 3 C. 5, 75.

[9] Für das Erste l. 1 § 9 D. 27, 8; für das Zweite die Analogie der Verhaftung einer Mehrheit von Vormündern (§ 443 [6]).

geht die Verpflichtung über, so weit sie auf grober Nachlässigkeit beruht[10].

[1. Das BGB. spricht statt von der Obervormundschaft, vom Vormundschaftsgericht, d. i. dem Amtsgericht (Ges. üb. d. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. § 35 fg.) Jedoch kann das Landesrecht andere als gerichtliche Behörden mit den Functionen des Vormundschaftsgerichtes betrauen (EG. 147).

Der Vormundschaftsrichter haftet wegen jedes Verschuldens gemäß § 839 Abs. 1. 3 (1848). Somit haftet er im Falle seines Vorsatzes in erster Linie. Bei bloßer Fahrlässigkeit dagegen haftet er nur, wenn der Mündel nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, also nur, wenn der Vormund und der etwa vorhandene Gegenvormund nicht haften oder zahlungsunfähig sind; sind Mitvormünder vorhanden, so haftet der Vormundschaftsrichter ebenfalls nur, wenn alle Vormünder nicht haften oder zahlungsunfähig sind, und es ist für den Fall der getheilten Verwaltung nur zu beachten, daß, wenn nicht ein Vormund Gegenvormund des andern ist, der eine für den andern überhaupt nicht haftet.

Der Vormundschaftsrichter haftet auch dann nicht, wenn der Mündel vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (839 Abs. 3).

Werden die Functionen des Vormundschaftsgerichts nach Landesrecht von einer collegialischen Behörde versehen, so haften unter deren Mitgliedern nur die Schuldigen, diese aber als Gesammtschuldner ohne Einrede der Theilung oder der Vorausklage (840 Abs. 1). Dasselbe gilt vom Beschwerdegericht in Vormundschaftssachen.

Unter sich tragen mehrere neben einander haftende vormundschaftsgerichtliche Beamte den Schaden zufolge § 426 zu gleichen Theilen. Haftet der Vormundschaftsrichter neben dem Vormunde, so trägt im Verhältniß beider der Vormund den Schaden allein (841, dazu II S. 986). Sofern danach der dem Mündel den Ersatz Leistende Rückgriff gegen Andere hat, geht der Anspruch des Mündels auf ihn über (426 Abs. 2).

Die Haftung der Erben unterliegt keinen anderen Beschränkungen als die Erbenhaftung überhaupt.

Nach Landesrecht kann der Staat die Haftung selbst übernehmen und dafür die Haftung des Vormundschaftsrichters oder sonstigen Vormundschaftsbeamten dem Mündel gegenüber ausschließen (EG. 77).

2. Ein Familienrath ist ein aus dem Vormundschaftsrichter als Vorsitzendem und zwei bis sechs Mitgliedern bestehendes Collegium (1860), welches die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts hat (1872 Abs. 1 S. 1). Seine Mitglieder sind in gleicher Weise verantwortlich wie der Vormundschaftsrichter (1872 Abs. 2 S. 2). Die Einsetzung des Familienraths geschieht auf letztwillig unter den Bedingungen des Rechts der Benennung eines Vormundes erfolgte Anordnung des (ehelichen) Vaters oder der ehelichen Mutter des Mündels (1858. 1868 Abs. 1) oder auf Antrag des Vormundes, Gegenvormundes oder eines Verwandten oder Verschwägerten des Mündels, in letzteren Fällen aber nur, wenn das Vormundschaftsgericht die Einsetzung im Interesse des Mündels für angemessen erachtet und keine elterliche Untersagung vorliegt (1859).

[10] L. 4. 6 D. 27, 8, l. 2 C. 5, 75, § 2 I. 1, 24.

3. Der Gemeindewaisenrath ist ein Organ der Gemeinde, welches dazu berufen ist, dem Vormundschaftsgericht geeignete Vormünder, Gegenvormünder, Mitglieder eines Familienraths vorzuschlagen (1849), die Sorge der Vormünder für die Person des Mündels zu überwachen, Mängel und Pflichtwidrigkeiten in dieser Beziehung anzuzeigen und auf Erfordern über das persönliche Ergehen und das Verhalten eines Mündels Auskunft zu ertheilen, auch von einer Gefährdung des Vermögens eines Mündels dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen (1850). Eine Verantwortung für Pflichtverletzung nach Art der Haftung des Vormundschaftsrichters oder der Mitglieder eines Familienrathes legt das BGB. dem Waisenrathe seinerseits nicht auf (vgl. Mot. IV S. 1226); ob aber der Gemeindewaisenrath nicht ein Beamter ist, der wegen Verletzung von Amtspflichten, die ihm dem Mündel gegenüber obliegen, aus § 839 verantwortlich gemacht werden kann, hängt von der Organisation der Gemeindewaisenräthe ab, welche Sache des Landesrechts ist.]

2. Andere Fälle der Vormundschaft*.

§ 446.

Die Vormundschaft über Unerwachsene ist, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Vormundschaft. Einen Vormund [1] bekommen oder können bekommen auch solche Personen, welche aus irgend einem anderen Grunde ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen nicht im Stande sind [2], namentlich Wahnsinnige und Geistesschwache [3], Verschwender [4], Kranke, Gebrechliche und Altersschwache [5],

* Dig. 27, 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. 5, 70 de curatore furiosi vel prodigi. — Glück XXXIII S. 100 fg., Rudorff I S. 118 fg., Kraut II S. 205 fg. 212, Stobbe IV § 274. 275. [Rousseau de la curatelle du prodigue et du fou. Th. de Paris 1892.]

[1] Nach r. R. einen curator. So wenig geschlechtsreife Minderjährige einen tutor bekommen, so wenig andere der Unterstützung Bedürftige. Die praktische Bedeutung hiervon ist, daß, wenn der Vormund in diesen Fällen den Mündel selbst will handeln lassen, nicht Theilnahme desselben an der Handlung des Mündels erforderlich ist, sondern einfacher Consens genügt (§ 432 [8. 9]. § 442 [3]).

[2] L. 14 § 7 D. 46, 3: — „curatori sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam". — L. 2 D. 27, 10. l. 12 pr. D. 26,5.

[3] Wahnsinnige, furiosi; diese schon nach der Bestimmung der 12 Taf., Ulp. XII, 2, § 3 I. 1, 23, l. 13 D. 27, 10. Geistesschwache, fatui: l. 2 D. 3, 1, l. 21 D. 42, 5. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr 88. Auf die bloße Geistesschwäche scheint auch der Ausdruck mente captus in § 4 I. 1, 23 zu gehen, obgleich dieser Ausdruck in den Quellen sonst die Geistesstörung bezeichnet (I § 54 [11]). In lichten Zwischenräumen hört die Vormundschaft nicht auf, sondern ruht nur, l. 6 C. 5, 70. Vgl. „über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Obliegenheiten" v. Berg jur. Beobachtungen und Rfälle III S. 219 fg., und in Betreff der Geistesschwäche noch Sf. VIII. 230, XXV. 245, XXXIV. 136, RG. XIV S. 248. Proceßwahnsinn? Sf. VII. 333, vgl. X. 183, XXI. 133. — L. 6 D. 27, 8. „Obser-

Taube und Stumme[6]. Für diese anderen Fälle der Vormundschaft gelten die gleichen Grundsätze, wie für die Altersvormundschaft[7]; nur mit der einen Ausnahme, daß die Berufung zur Vormundschaft in diesen Fällen immer durch die Obrigkeit, nie durch Gesetz oder letzten Willen erfolgt[8]. Es haben aber die im letzten Willen Er-

---

vare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det . .". Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861). — Das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit normirt jetzt gemeinrlich die RCPO. § 593 fg. [645 fg., zugleich über die Entmündigung wegen Geistesschwäche.] Anordnung einer Vormundschaft auch vor Inkrafttretung des Entmündigungsbeschlusses ist aber nicht ausgeschlossen, vgl. § 600 das. [657, BGB. 1906.] Mandry § 3. [Grohmann Mecklenb. ZS. f. RPfl. u. RW. XI S. 85 fg. 1893.]

[4] Es wird in den Quellen als altes Gewohnheitsr. bezeichnet, daß dem Verschwender durch richterlichen Spruch die Verwaltung seines Vermögens genommen werden könne. L. 1 pr. D. 27, 10. Paul. sentent. III, 4a § 7. Auf die nahe liegende Analogie des Wahnsinns (Verrücktheit!) machen dabei aufmerksam l. 1 pr. D. 27, 10, l. 12 § 2 D. 26, 5. Vgl. Leist Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 und 38, V S. 185 fg., Sintenis III S. 287. Sf. XII. 2. XIII. 81, XXXVIII. 234, XLII. 219. 220 (RG.), RG. XXI S. 167; Sf. X. 183 (VII 333). [[XLVII. 205.]] Auch die 12 Taf. hatten diesen Bedürftigkeitsfall vorgesehen, jedoch nur in Betreff der väterlichen Intestaterbschaft. Ulp.XII, 2. 3; § 3 I. 1, 23, l. 1 pr. l. 13 D. 27, 10. Eine besondere Abhandlung über die „cura prodigi" ist die von Gesterding Ausbeute I S. 45 fg. Vgl. auch die in der vorigen Note citirte Schrift von v. Arnold. Ferner I § 71[9b]. [[Hölder Pand., S. 206 fg.]]. Gegenwärtig bestimmt sich die Entmündigung wegen Verschwendung nach der Reichscivilprozeßordnung § 621 fg. [680 fg., zugleich über die Entmündigung wegen Trunksucht.] Vgl. Mandry § 9.

[5] § 4 I. 1, 23, l. 4. 5 D. 3, 1. Sf. XXX. 41.

[6] § 4 I. 1, 23, l. 3 § 3 D. 3, 1, l. 8 § 3 D. 26, 5, l. 67 [65] § 3 D. 36, 1. l. 20 D. 42, 5. Vgl. Sintenis III § 155[28]. Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock VII Nr. 60. S. noch Paul. sentent. I, 12 § 9. „Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest".

[7] Vgl. die durchgehende Zusammenstellung des tutor und des curator in den bei § 432* citirten Titelrubriken, und von einzelnen Stellen z. B. l. 7 § 3. l. 10 § 1. l. 11. l. 12. l. 14. l. 17 D. 27, 10. l. 2 C. 5, 70, l. 8 § 1. l. 11 D. 27, 9, l. 16 pr. D. 13, 7, l. 48 D. 26, 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. 27, 1, l. 2 § 31 D. 38, 17, l. 4 § 25 D. 44, 4, l. 4 § 7. 8 D. 46, 6, l. 57 [56] § 4 D. 47, 2. S. jedoch auch l. 17 D. 27, 10 (§ 441[14]).

[8] Zwar beriefen die 12 Taf. zur Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender die nächsten Agnaten, Ulp. XII, 2. 3, § 3 I. 1, 23, l. 13 D. 27, 10; aber nach Justinianischem R. werden auch diese Personen Curatoren nur durch obrigkeitliche Bestellung. A. M. Glück XXXIII S. 169; allein die Stelle, auf welche er sich hauptsächlich beruft, l. 7 § 6 C. 5, 70, beweist gerade das Gegentheil. Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle von dem Falle: „(si) lex . . curatorem utpote agnatum vocaverit"; aber er bestimmt ebenso ausdrücklich, daß in diesem Falle eine „creatio" durch die Obrigkeit eintreten solle.

nannten einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung nach den Regeln des § 433 Ziff. 1 [9], und in Ermangelung von letztwillig Ernannten einen gleichen Anspruch die nächsten Verwandten bei Wahnsinn und Verschwendung, bei der Verschwendung jedoch nur was die väterliche Intestaterbschaft angeht [10].

[Im BGB. besteht neben der Altersvormundschaft die Vormundschaft über Volljährige, welche eintritt, wenn ein Volljähriger aus irgend welchem Grunde entmündigt ist (1896). Die Vorschriften über diese Vormundschaft sind die gleichen, wie diejenigen über die Altersvormundschaft, mit wenigen Abweichungen (1897); nämlich:

1. Berufung zur Vormundschaft durch Bestimmung der Eltern des Mündels findet nicht statt, ebensowenig Ausschließung eines Vormundes (1898). Danach wären die Großväter die Nächstberufenen (1776); ihnen stellt aber das Gesetz voran den (ehelichen) Vater, dann die eheliche Mutter (1899 Abs. 1), es wäre denn, daß der Mündel in fremde (1899 Abs. 2) Adoption gekommen ist. Bei Kindern aus einer Putativehe ist der bösgläubige Elterntheil nicht berufen (1899 Abs. 3). Daß eine Ehefrau Vormund ihres Mannes auch ohne dessen Zustimmung werden darf (1900 Abs. 1), bedurfte des besonderen Ausspruchs, weil es nach § 1783 nicht zulässig sein würde. In § 1900 Abs. 1. 2 sind diejenigen genannt, welche Berufenen vorgezogen werden dürfen, wiewohl diese Bestimmungen zum Theil bereits in § 1778 Abs. 3 (vgl. 1897) enthalten sind. Der Ehegatte des Mündels darf vor allen Berufenen bestellt werden; die uneheliche Mutter vor den Großvätern. Die Mutter des Kindes aus einer Putativehe ist vor den Großvätern berufen; wenn sie aber wegen Bösgläubigkeit von der Berufung ausgeschlossen ist, so darf sie doch vor den Großvätern — der unehelichen Mutter gleich — bestellt werden.

A. M. nach der entgegengesetzten Seite, so daß also auch nach dem älteren R. die Agnation kein Delationsgrund für die Vormundschaft über Geisteskranke gewesen sein soll, Böhlau ZS. f. RGesch. XI S. 371—375.

[9] L. 16 D. 27, 10, l. 7 § 5 C. 5, 70, l. 1 § 3. l. 2 § 1 D. 26, 3 (vgl. l. 4 eod. § 1 I. 1, 23). Vgl. § 433 [14]. — Man hat behauptet, der Wille des Vaters sei maßgebend für die Obrigkeit auch in Betreff der Frage, ob wegen Wahnsinns oder Verschwendung überhaupt eine Vormundschaft anzuordnen sei, wegen l. 16 D. 27, 10. Allein diese Stelle will dem Vater nur das R. einräumen, für das von ihm hinterlassene Vermögen eine Curatel anzuordnen. Vgl. Glück XXXIII S. 144 fg., Rudorff I S. 314 fg., Francke Notherbenr. S. 436 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXVII S. 432 fg., Sintenis III S. 284. 285 in der Anm., und in diesem Lehrbuch § 678 [8]. [Audibert du curateur donné par testament au prodigue en droit rom. Nouv. revue hist. de droit fr. et étr. XVI p. 1 s. (1892).]

[10] L. 7 § 6 C. 5, 70, l. 13. l. 16 D. 27, 10. Es ist unbedenklich, dasjenige, was diese Stellen von den Agnaten sagen, im Sinne des neuesten R. (Nov. 118 c. 5) auf die Cognaten zu übertragen; s. auch l. 5 C. 5, 70. L. 13 cit. verweist auf die Bestimmung der 12 Taf.; daher die Beschränkung im Text in Betreff der Verschwendung (Ulp. XII, 2. 3). Vgl. übrigens auch Sintenis III S. 285 in der Anm. Col. 2.

2. Der Vormund hat für die Person des Mündels nur soweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert (1901 Abs. 1); dieß wird je nach dem Entmündigungsgrunde verschieden sein. Da die Sorge für die Person sich nach den entsprechenden Grundsätzen der elterlichen Gewalt richtet (1800. 1897), so würde an sich auch § 1633 zur Anwendung kommen, d. h. die Sorge des Vormundes für die Person der bevormundeten Ehefrau würde sich auf die Vertretung beschränken, im Uebrigen aber die Sorge für die Person Sache des Ehemannes sein. Dieser Satz findet aber keine Anwendung (1901 Abs. 2); denn entweder ist der Ehemann selbst Vormund, oder, wenn er es nicht ist, so empfiehlt es sich auch nicht, den Vormund in der angegebenen Weise zu beschränken.

3. Einige besondere Bestimmungen gelten über Fälle, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nöthig ist (1902).

4. Der (eheliche) Vater und die eheliche Mutter genießen im Allgemeinen alle Befreiungen, welche sie bei der Altersvormundschaft für den von ihnen benannten Vormund anordnen können (1903. 1904).

5. Ein Familienrath kann nur auf Antrag nach Maßgabe von § 1859 Abs. 1 eingesetzt werden. Anordnung von Vater oder Mutter über den Familienrath sind unwirksam (1905).

6. Eine vorläufige Vormundschaft kann angeordnet werden, wenn die Entmündigung beantragt ist (1906—1908).

Ueber die Gebrechlichkeitspflegschaft (zu [5.] [6]) s. zu § 447.]

3. Güterpflege*.

§ 447.

Es gibt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer bestimmten Person, als vielmehr für ein bestimmtes Vermögen als solches angeordnet wird[1]. Eine Güterpflege in diesem Sinne wird namentlich[2] angeordnet: für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen[3]; für eine Erbschaft, welche noch nicht ihren Herrn gefunden hat[4]; für ein im Concurs befindliches Vermögen[5]. Für die

* Dig. 42, 7 de curatore bonis dando. Glück XXXIII S. 117 fg., Rudorff I S. 75 fg. 146 fg., Sintenis III § 156, Stobbe IV § 276. 277.

§ 447. [1] Cura bonorum. Vgl. Stobbe IV S. 424.

[2] S. außerdem l. 8 § 1 C. 6, 61. Nov. 117 c. 1. [Silberschmidt die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und dem künftigen Reichsre. ABR. XV S. 114 fg. (1899).]

[3] L. 22 § 1 D. 42, 5, l. 15 pr. D. 4, 6, l. 6 § 4 D. 26, 1, l. 6 § 2 D. 42, 4, l. 3 C. 8, 50 [51]. Der in den meisten dieser Stellen vorausgesetzte Fall ist der der Kriegsgefangenschaft. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 352—360. Sf. IV. 132. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 61. Vgl. Sf. XLII S. 389.

[4] L. 1 § 4 D. 50, 4 l. 1 D. 42, 7, l. 23 § 2. 3 D. 28, 5, l. 8 D. 42, 4, l. 22 § 1 D. 42, 5. Besondere hierhergehörige Fälle sind: a) wenn der

Güterpflege gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze von der Vormundschaft[6]; im Besonderen aber kommt es auf den Inhalt des dem Pfleger ertheilten Auftrages an, und danach entscheidet sich namentlich, ob derselbe auch zur Sorge für die nutzbare Anlage des Vermögens, oder bloß zur Sorge für die Erhaltung desselben verpflichtet bez. zu den dadurch gebotenen Maßregeln berechtigt ist[7]. Auch ist die Uebernahme der Güterpflege nicht in allen Fällen Bürgerpflicht[8], und wo sie es nicht ist, muß eben deßwegen der Pfleger für Sorgfalt überhaupt, nicht bloß für relative Sorgfalt haften[9]. Zu bemerken ist auch noch, daß das römische Recht der

präsumtive Erbe noch ungeboren ist, l. 1 § 4 D. 50, 4, l. 1 § 2 D. 42, 7, l. 8 D. 27, 10, l. 1 § 17—26. l. 5 D. 37, 9; b) wenn der Streit über die Erbschaft wegen Unmündigkeit eines Erbschaftsprätendenten nicht sofort entschieden wird (bonorum possessio Carboniana), und keiner der Erbschaftsprätendenten Caution leistet, l. 1 § 4 D. 50, 4, l. 5 § 1. 2. 5 D. 37, 10. Von der cura bonorum ventris nomine (bei a) ist zu unterscheiden die cura ventris, welche die Pflicht und das R. gibt, dafür zu sorgen, daß die schwangere Frau den nöthigen Unterhalt aus der Erbschaft erhalte, gewöhnlich aber der nämlichen Person übertragen wird, wie die erste, l. 1 § 17. 18. 19 D. 37, 9, l. 1 § 4 D. 50, 4. Vgl. Ubbelohde ACPra. LXI S. 2—50.

5 L. 2 D. 42, 7, l. 5. 9 D. 27, 10.

6 Vgl. l. 1 § 22 D. 37, 9: — „curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum". Ferner l. 2 § 2. 5. l. 3 D. 42, 7, l. 8 D. 27, 10, l. 3 C. 8, 50 [51].

7 Bloße „custodia" im Gegensatz zur „administratio" wird in den Quellen namentlich zugeschrieben dem curator ventris und dem curator bonorum ventris nomine, l. 48 D. 26, 7, l. 1 § 4 D. 50, 4; ebenso dem Erbschaftscurator in anderen Fällen, l. 1 § 4 D. cit., l. 23 § 3 D. 28, 5, l. 1 § 2 D. 42, 7, und dem curator bonorum absentis, l. 6 § 4 D. 26, 1, l. 1 § 4 cit. (vgl. dazu Stobbe IV S. 536). Was den curator ex edicto Carboniano angeht, s. einerseits l. 1 § 4 cit., andererseits l. 5 § 5 D. 37, 10. Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 35 fg. Vom Concurscurator heißt es umgekehrt: „quaeque per eum . . acta facta gestaque sunt, rata habebuntur", l. 2 § 1 D. 42, 7, wie er denn namentlich auch die Befugniß hat, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu veräußern. Uebrigens beruht die heutige rliche Stellung gerade des Concurscurators nicht bloß auf r. R., die nähere Darstellung derselben gehört in das Proceßr. KO. § 70 fg. 112 fg. 137 fg. [78 fg. 122 fg. 149 fg.] — Aus der Praxis: Sf. I. 114, XVI. 229, XVIII. 149, XXII. 154, XXIII. 40. 233, XXV. 139, XXVII. 39, XXX. 40, XXXV. 138, XXXVII. 233, XLIV. 115. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 268 fg.

8 So braucht namentlich Niemand gegen seinen Willen Concurscurator zu werden, „nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat", l. 2 § 3 D. 42, 7. S. andererseits l. 1 § 4 D. 50, 4.

9 Vgl. Hasse Culpa S. 272. 371, l. 54 [53] § 3 D. 47, 2. L. 9 § 4 i. f. D. 42, 5 spricht nicht von dem Anspruche der Gläubiger, sondern von dem Anspruche des Schuldners; nichtsdestoweniger führen Puchta § 330 • und

Forderung gegen den Güterpfleger nicht, wie der gegen den Vormund, ein Concursprivilegium gewährt[10].

[11] Ein eigenthümliches Verhältniß tritt nach deutschem Gewohnheitsrecht bei der Verschollenheit ein[12]. Das Vermögen des Verschollenen wird nämlich seinen nächsten Erben gegen Caution ausgeantwortet, zwar zur vormundschaftlichen Verwaltung, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie persönlich zu derselben fähig sind[13].

[Vom Standpunkte des BGB. aus stellen wir hier die Fälle der Pflegschaft zusammen, obwohl sie regelmäßig Personenpflege, nicht Güterpflege ist. Der Pfleger fungirt entweder nur für einzelne Angelegenheiten oder einen Kreis solcher oder (1910 Abs. 1) zwar für alle Angelegenheiten einer Person, aber einer unbeschränkt geschäftsfähigen, oder (1909 Abs. 3) er fungirt nur vorläufig bis zur Bestellung eines Vormundes.

1. Neben der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft über Minderjährige wie über Volljährige tritt Pflegschaft ein für Angelegenheiten,

---

Sintenis § 156 [8] gerade diese Stelle als Beweis für den im Text aufgestellten Satz an. Vgl. KO. § 74. 81. [82. 89. Das Gesetz spricht jetzt nicht mehr aus, daß der Concursverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses für volle Sorgfalt haften, weil dieß nach BGB. 276 selbstverständlich ist, sondern nur, daß sie allen Betheiligten haften.]

[10] L. 19 § 1 — l. 24 pr. D. 42, 5. Vgl. § 271 [8] und § 272 a.

[11] Vgl. zum Folgenden: Glück XXX S. 259 fg., Rudorff S. 148 fg., Kraut II S. 217 fg., Pfeiffer praktische Ausführungen II Nr. 5, Steinberger im Alex. XII S. 695 fg., und vor allem Bruns Jahrb. des gem. R. I S. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192, Stobbe IV S. 537 fg. S. auch H. Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831, herausgegeben von Trotsche 1866) § 14 Böhlau Mecklenb. Landr. II S. 322 fg. Sf. IX. 45.

[12] Verschollenheit im Gegensatz zur bloßen Abwesenheit — eine derartige Abwesenheit, welche es zweifelhaft macht, ob der Abwesende noch lebt. Der Anfang der Verschollenheit ist nach den Umständen des besonderen Falles durch den Richter zu bestimmen.

[13] Der Begriff der cura ist auf das Rverhältniß der Erben erst seit Carpzov angewendet worden. S. über das Nähere die Ausführungen von Bruns a. a. O. — Von Anderen wird dem Anspruch der Erben auf Herausgabe des Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung die gemeinrechtliche Geltung bestritten, so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips in ihren Lehrbüchern des deutschen Privatr. (§ 327 — II § 429 — II § 159), ferner von Pfeiffer a. a. O. S. 236—239, Sintenis § 156 [5], Stobbe IV S. 538. S. dagegen Kraut S. 245. 246 und namentlich Bruns S. 189 fg., jetzt auch Beseler in der 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Privatrechts § 148 (3. Auflage § 130, 4. Auflage § 135). Auch im Einzelnen ist hier Manches streitig, vor Allem, ob, wenn das Vermögen an den Zurückkehrenden wieder herausgegeben werden muß, auch die gezogenen Früchte mit herauszugeben sind? Dafür Pfeiffer S. 247 fg., Glück S. 283 fg., Kraut S. 237 fg.; dawider Rudorff S. 151, Steinberger S. 699 fg., Bruns S. 192. 193 (S. 146. 164 fg.), Stobbe S. 541.

an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund rechtlich oder thatsächlich verhindert ist (1909 Abs 1).

2. Ist Jemand zu bevormunden, ein Vormund aber noch nicht bestellt, so erhält er einstweilen einen Pfleger (1909 Abs. 3).

3. Ein nicht bevormundeter Volljähriger erhält einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen, wenn er in Folge körperlicher Gebrechen (Taubheit, Blindheit, Stummheit u. s. w.) seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (vgl. § 446 zu [5. 6]). Die Pflegschaft kann auf einzelne Angelegenheiten oder einen Kreis solcher beschränkt werden. Der Pflegebefohlene ist unbeschränkt geschäftsfähig. Der Pfleger kann ihn vertreten, aber der Pflegling muß sich nicht vertreten lassen. Die Pflegschaft darf nur mit Einwilligung des Pflegebefohlenen angeordnet werden, es sei denn, daß eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist (1910).

4. Ein abwesender Volljähriger, dessen Aufenthalt unbekannt, oder der an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist, erhält für seine Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen, einen Pfleger (1911; vgl. zu [3]).

5. Eine Leibesfrucht erhält zur Wahrung ihrer künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger; würde aber das Kind, wenn geboren, unter elterlicher Gewalt stehen, so steht die Fürsorge gesetzlich dem zu, der Inhaber der elterlichen Gewalt sein würde, und die Bestellung eines Pflegers hat zu unterbleiben (1912).

6. Die Nachlaßpflegschaft (vgl. zu [4]), auch die Nachlaßverwaltung (1960. 1975) ist Pflegschaft für den Definitiverben.

7. Ist unbekannt oder objectiv ungewiß, wer bei einer Angelegenheit der Betheiligte ist, so kann dem Betheiligten, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden, insbesondere einem noch nicht erzeugten oder erst durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmenden Nacherben (1913).

8. Ist durch öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht worden, und sind die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen, so kann zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden. — (1914). Hier liegt eine echte Güterpflege vor. Vgl. dazu Hellwig Anspruch und Klagerecht, Jena 1900 S. 297 fg., auch Isay Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 409 fg., Regelsberger das. S. 469 fg. (1896).

9. Fälle der Güterpflege kennen auch StPO. §§ 334. 480.

10. Keine Pflegschaft im Sinne des BGB. ist die Concursverwaltung. Keine Pfleger im Sinne des BGB. sind auch die in den Fällen des CPO. 57. 58. 494 Abs. 2. 668. 679 Abs. 3. 686 Abs. 2. 779 Abs. 2. 787, und des Ges. über die Zwangsversteiger. u. d. Zwangsverwalt. § 6. 135. 157 Abs. 2 zu bestellenden Vertreter. Der Curator des Reichsbeamtengeſ. § 62 fg. versieht nicht privatrechtliche Functionen.

II. Für die Pflegschaft gelten die Sätze von der Vormundschaft, soweit nichts Abweichendes verordnet ist (1915). Daß der Pfleger für volle Sorgfalt einsteht (zu [9]), theilt er nach Reichsrecht mit dem Vormunde (1833). Das Concursprivilegium (zu [10]) findet auch zu Gunsten der Pflegebefohlenen im Concurse des Pflegers statt (KO. 61 Ziff. 5, wie schon früher § 54 Ziff. 5).

1. In den Fällen I 1. 2 (1909) gelten nicht die Sätze über Berufung zur Vormundschaft (1916). Ist eine Pflegschaft nöthig mit Bezug auf eine Zuwendung, welche nach Anordnung des Erblassers oder Schenkers von dem Inhaber der elterlichen Gewalt oder dem Vormunde nicht verwaltet werden soll, so ist derjenige als Pfleger berufen, der von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung oder von dem Zuwender unter Lebenden bei der Zuwendung benannt worden ist. Er kann aber übergangen werden nach denselben Sätzen, nach denen ein als Vormund Berufener übergangen werden kann (1917 Abs. 1. 1778). Der Zuwender kann für den Benannten dieselben Befreiungen anordnen, welche Eltern für den Vormund anordnen können; die Befreiungen können aber wie die von den Eltern angeordneten wegen Gefahr für die Interessen des Pflegebefohlenen außer Kraft gesetzt werden (1917 Abs. 2. 1852—1854. 1857.) Im § 1917 Abs. 3 ist bestimmt: Zu einer Abweichung von den Anordnungen des Dritten ist, solange er lebt, seine Zustimmung erforderlich und genügend. Die Zustimmung des Dritten kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Bezöge sich dieß auf etwaige von dem Dritten für den Pfleger aufgestellte Verwaltungsvorschriften, so wäre es eine bloße, angesichts des § 1915 Abs. 1 überflüssige Wiederholung des § 1893 Abs. 2. Es ist aber auch nach dem Zusammenhange unzweifelhaft anzunehmen, und geht aus dem I. Entw. § 1745 Abs. 2 deutlich hervor, daß sich die Bestimmung vielmehr auf Abweichungen des Vormundschaftsgerichts von den Befreiungsanordnungen des Dritten, und wohl auch von der von ihm bestimmten Person des Pflegers (Fuchs S. 271 [2]) bezieht. Eine juristische Sonderbarkeit ist es freilich, daß das Vormundschaftsgericht in den genannten Fällen für seine eigene Verfügung sich die Zustimmung des Dritten ersetzt; einfacher wäre es gewesen, wenn dieselbe für entbehrlich erklärt wäre.

2. Die Pflicht zur Uebernahme der Pflegschaft tritt nicht ein (vgl. zu [8]) bei der Nachlaßverwaltung (1981 Abs. 3), wohl aber bei der sonstigen Nachlaßpflegschaft.

3. In allen Fällen der Pflegschaft ist die Bestellung eines Gegenvormundes nicht erforderlich (1915 Abs. 2).

4. Die Endigung der Pflegschaft für eine unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende Person tritt ein mit dem Ende der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft (1918 Abs. 1); diejenige über eine Leibesfrucht endigt mit der Geburt des Kindes (1918 Abs. 2); dasselbe erhält jetzt einen Vormund (denn wenn es unter elterliche Gewalt tritt, so war vor seiner Geburt keine Pflegschaft anzuordnen (1912 S. 2). Die Pflegschaft zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit endigt mit deren Erledigung (1918 Abs. 3). Die Aufhebung der Pflegschaft durch das Vormundschaftsgericht erfolgt, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist (1919), bei der Gebrechlichkeitspflegschaft, wenn der Pflegebefohlene es beantragt (1920), bei der Abwesenheitspflegschaft, wenn der Abwesende an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten nicht mehr verhindert (1921 Abs. 1) oder gestorben ist (1921 Abs. 2). Wird er für todt erklärt, so bedarf es der Aufhebung der Pflegschaft nicht; dieselbe endet von selbst mit Erlaß des Todeserklärungsurtheils (1921 Abs. 3).

Das **Amt des Pflegers endigt** aus denselben Gründen, wie das des Vormundes (1915).

5. Im Uebrigen s. über die Nachlaßpflegschaft 1960—1962, über die Nachlaßverwaltung 1975 fg.

III. Die Einweisung der nächsten Erben in das Vermögen des **Verschollenen** (zu [11] fg.) kennt das BGB. nicht. Der Verschollene, dessen Fortleben nach § 19 bis zur Todeserklärung vermuthet wird, erhält einen Abwesenheitspfleger (1911). Ist die Todeserklärung erlassen, so wird sein Tod vermuthet (18), die Pflegschaft endet (1921 Abs. 3), und die Erben treten also als solche ein. Lebt er noch, so kann er die Herausgabe seines Vermögens nach den Grundsätzen der Erbschaftsklage verlangen (2031). — S. jedoch EG. 161.]

Sechstes Buch.

Das Erbrecht*.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff des Erbrechts.

§ 527.

Durch den Tod des Menschen gehen seine Familienverhältnisse unter, und mit denselben erlöschen die auf denselben beruhenden

---

* Unter den Gesammtdarstellungen des Erbrechts sind besonders hervorzuheben die in neuerer Zeit von Köppen und von Schirmer unternommenen, welche aber beide unvollendet sind. Von dem Köppen'schen Buch (System des heutigen römischen Erbr.) sind 2 Lieferungen 1862 und 1864, von dem Schirmer'schen (Handbuch des römischen Erbr.) ist der erste Theil 1863 erschienen. Dagegen hat Köppen gegenwärtig eine kürzere Darstellung des Erbr. u. d. T. Lehrbuch des heutigen römischen Erbr. begonnen, von dem im Spätsommer 1886 die erste Abtheilung erschienen ist. Zweite Abtheilung 1888 [vollendet 1895; dazu Baron kr. VJS. XXXIX S. 103 fg.] — Gleichfalls unvollendet sind folgende zwei Schriften: Mayer die Lehre von dem Erbr. nach dem heutigen r. R., 1. Th. 1840 (enthält nur die Lehre von der erbrlichen Gesammtnachfolge; die Bearbeitung der Lehre von den Vermächtnissen hat Mayer später unter besonderem Titel unternommen, aber von ihr ist ebenfalls nur eine Lieferung, 1854, erschienen). Beckhaus Grundzüge des gemeinen Erbr., 1. Abth. 1861 (enthält die Lehre von der Berufung zur Erbschaft). — Unvollständig ist auch das Werk von Hunger, das Erbr., 1834; dasselbe enthält nur die Lehre von der Berufung zur Erbschaft und von der Erwerbung derselben, hat aber auch nicht Mehr zur Darstellung bringen wollen. — Eine vollständige Darstellung des Erbr. ist in folgenden Schriften enthalten: v. Haritzsch das Erbr. nach röm. und heutigen Ren, bearbeitet nach Haubold 1827. Vering röm. Erbr. in historischer und dogmatischer Entwickelung. 1861. Tewes System des Erbr. nach heutigem r. R. Zum academischen Gebrauch. 1863. 1864. — Nicht dogmatische Zwecke verfolgen folgende Werke: von Dalwigk Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbr. nach Anleitung des r. R., neuer Gesetzgebungen und mehrer Landesstatuten, mit Gesetzesvorschlägen, 3 Bde. 1820—1822. Gans das Erbr. in weltgeschichtlicher Entwickelung. 2. Band:

Rechte und Verbindlichkeiten (I § 41). Dagegen erlöschen durch den Tod des Menschen die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse, in welchen er als Berechtigter oder Verpflichteter stand, abgesehen von Ausnahmen[1], nicht; sie gehen vielmehr auf eine andere Person oder eine Mehrheit anderer Personen über. Die Rechtsregeln, nach welchen dieser Uebergang erfolgt, bilden das Erbrecht.

[Das Gesagte bleibt für das Recht des BGB. zutreffend. Der Tod eines Menschen als Zeitpunkt der Eröffnung der Erbfolge heißt Erbfall (1922).]

II. Die Erbschaft.

§ 528.

Die oberste dieser Rechtsregeln ist, daß das Vermögen des Menschen durch seinen Tod die Einheit nicht verliert, welche es bis dahin in seiner Person hatte, daß es übergeht als diese Einheit, und daß also der neue Erwerber in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen in ihrer Eigenschaft als Bestandtheile dieser Einheit, nich

---

das röm. Erbr. in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. 1825. Lassalle das Wesen des römischen nnd germanischen Erbr. in historisch-philosophischer Entwickelung (auch als 2. Band des „Systems der erworbenen Rechte"). 1861. 2. Aufl. 1881. Fr. Mommsen Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbr. nebst Motiven 1876. (Darüber Roth Jen. Literatur-Zeitung 1876 S. 639 fg., v. Scheel Hirth's Annalen 1877 S. 98 fg.) — Dagegen ist hier noch besonders darauf hinzuweisen, daß die Darstellung des österreichischen Erbr. von Unger im 6. Bande seines „Systems des österreich. allgemeinen Privatr." (1864) nach der dankenswerthen Art dieses Schriftstellers auch auf das r. R. die eingehendste Rücksicht nimmt, und daß das Vangerow'sche Pandektenlehrbuch in seinem 2. Bande das Erbr. mit besonderer Liebe und Ausführlichkeit behandelt. Vgl. auch noch Gruchot Preußisches Erbr. in Glossen zum Allgemeinen Landr., auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen. 3 Bde. 1865—1867. Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzbuch 2. Band. 1877—1883. Dazu Excurse 2. Band 1.—3. Heft. 1878—1884. — Das Werk von Unger sowie die Pandektenlehrbücher sind hier, wie bisher, nur mit dem Namen ihrer Verfasser citirt. Von der umgearbeiteten Auflage des Lehrbuchs von Brinz ist die erste Abth. des dritten Bandes, enthaltend die „Universalsuccessionen", 1886 erschienen. — (Von dem oben genannten Köppen'schen „System des heutigen röm. Erbr." ist zu unterscheiden das nur als Handschrift gedruckte „System des heutigen röm. Erbr. im Grundrisse", Würzburg 1867). [Strohal das deutsche Erbr. nach dem BGB. Berlin 1896, 2. Aufl. 1900; zur 1. Aufl. Hellmann kr. VJS. XXXIX S. 212 fg. — Böhm das Erbr. des BGB. 2. Aufl. Hannover 1900. Frommhold Commentar 1. Theil Berlin 1899. 2. Theil 1900.]

[1] S. § 605[5].

in jedes einzelne als dieses einzelne, eintritt[1]. Kürzer ausgedrückt: die Rechtsnachfolge in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen ist eine Gesammtnachfolge (I § 64 Ziff. 2)[2]. Unter Vermögen ist aber hier nicht bloß das active Vermögen zu verstehen; zu dem Vermögen, welches von dem Verstorbenen auf den neuen Erwerber übergeht, gehören in gleicher Weise auch die Schulden, so daß der neue Erwerber die Schulden trägt unabhängig davon, ob sie durch das active Vermögen gedeckt werden[3].

Die technische Bezeichnung für den Gesammtnachfolger eines Verstorbenen ist Erbe; das Vermögen, welches von dem Verstorbenen auf ihn übergeht, ist die Erbschaft[4].

---

§ 528. [1] Der neue Erwerber tritt in die einzelnen Vermögensbestandtheile „per universitatem" ein (Gai. II, 97—99, § 6 I. 2, 9, l. 1 § 1. D. 23, 5, l. 1 § 13 D. 43, 3). Der Nachlaß des Verstorbenen ist eine „universitas" (l. 208 D. 50, 16), ein „iuris nomen" (l. 119 eod., l. 178 § 1 eod.), „iuris intellectum habet" (l. 50 pr. D. 5, 3). S. auch l. 24 D. 50, 16 (l. 62 D. 50, 17), l. 3 § 1 D. 21, 3, l. 3 pr. § 1 D. 37, 1, l. 24 § 1 D. 39, 2; l. 9 § 1 D. 2, 13, l. 37 D. 29, 2.

[2] Die Idee der erbrlichen Gesammtnachfolge ist dem r. R. eigenthümlich; das deutsche R. kennt sie nicht. S. die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Beseler § 149 (4. Aufl. § 136), Gerber § 248. 249. Ihr Grund ist ohne Zweifel ein rein praktischer, keine „metaphysische Nothwendigkeit", sondern die Rücksicht „zuerst auf die himmlischen, und dann aber auch auf die irdischen Gläubiger" (Brinz 1. Aufl. S. 660). S. auch Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 88. [Bernhöft z. Reform des Erbr. Berlin 1894 bes. S. 32 fg.] Vgl. Note [3. 5].

[3] L. 119 D. 50, 16. „Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem". L. 8 pr. D. 29, 2, l. 28 D. 42, 5. Freilich hat Justinian diesen Satz nicht viel weniger als aufgehoben (§ 606).

[4] Ueber die Ausdrücke „Erbe" und „Erbschaft" vgl. das Grimm'sche Wörterbuch und J. Grimm RSalterthümer S. 466. 470. Die lateinischen Ausdrücke sind „heres" und „hereditas". S. die Citate der Note [1] und vgl. § 7 I. 2, 19; „veteres heredes pro dominis appellabant". Festus s. v. heres. Vgl. dazu Huschke Rhein. Mus. f. Jurisprudenz VI S. 271 [22]. — „Hereditas" bezeichnet aber auch das Erbesein, die rliche Stellung, welche der Erbe als solcher einnimmt, s. g. subjective Bedeutung von hereditas. S. § 605 [10]. — Im engeren (und eigentlichen) Sinne gehen die Ausdrücke heres und hereditas nur auf die civilrliche Erbfolge. S. § 532. — Birkmeyer über das Vermögen im juristischen Sinn, Erlangen 1879, namentlich S. 254 fg., leugnet nicht, daß die hereditas im subjectiven Sinn auch die Nachfolge in die Schulden umfasse; der heres hafte als solcher, in seiner Eigenschaft als heres, für die Schulden. Aber er bestreitet, daß auch die hereditas im objectiven Sinn die Schulden umfasse; die Schulden seien nicht Bestandtheil, sondern eine Last der hereditas, und der Erbe hafte für die Schulden nicht, weil er in der hereditas auch die Schulden habe, sondern kraft einer positiven Bestimmung der 12 Tafeln (l. 26 C. 2, 3, l. 7 C. 4, 16, l. 1 C. 8, 35 [36]). Hierüber ist Fol-

Aus dem Begriff der erbrechtlichen Gesammtnachfolge ergibt sich unmittelbar der Satz, daß im Falle einer Mehrheit von Erben die Antheile der Einzelnen keine anderen sein können, als Rechnungstheile (Bruchtheile)[5].

Die Auffassung, daß in und mit dem Vermögen des Verstorbenen seine vermögensrechtliche Persönlichkeit auf den Erben übergehe[6], ist nicht zu billigen[7].

---

gendes zu bemerken. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das r. R. dem Erben die Schulden auferlegt hat nicht in logischer Consequenzmacherei, etwa so: der Erbe bekommt das hinterlassene Vermögen, im Vermögen sind auch die Schulden enthalten, also trägt er die Schulden. Von der anderen Seite wird es sich mit der genannten „positiven" Bestimmung der 12 Tafeln, auch abgesehen davon, ob sie in der That den Uebergang und nicht bloß die Vertheilung der Schulden unter eine Mehrheit von Erben zum Gegenstand hatte, nicht anders verhalten haben, wie mit anderen ähnlichen Bestimmungen der 12 Tafeln: diese Bestimmung enthielt nichts Neues, sondern brachte geltendes, in der Gewohnheit bestehendes R. zum Ausdruck. Wie dem auch sein mag, so sind jedenfalls durch den von den 12 Tafeln sanctionirten Satz die Schulden mit dem hinterlassenen activen Vermögen in einen untrennbaren Zusammenhang gebracht worden und bilden mit demselben für die rliche Behandlung eine Einheit. Für diese Einheit bedürfen wir einer Bezeichnung; wir verwenden dafür den Ausdruck Erbschaft. Ob auch die Römer den Ausdruck hereditas, von dem zuzugestehen ist, daß er zunächst die hinterlassenen Activa bezeichnet, in gleicher Weise verwendet haben, ist eine verhältnißmäßig gleichgültige Frage, eine Frage aber, deren Verneinung gegenüber Stellen wie l. 119 D. 50, 16, l. 59 § 1 D. 23, 3, l. 28 D. 42, 5, l. 1—3 pr. D. 37, 1 schwer ist. Vgl. auch Pernice kr. VJS. XXII S. 251 fg.

[5] Der Erbe bekommt nicht nothwendigerweise das ganze Vermögen, aber er bekommt nothwendigerweise das Vermögen als Ganzes. Das Rverhältniß bei der Miterbschaft ist ein analoges, wie beim Miteigenthum (I § 169 [a]), nur daß das Gemeinschaftliche hier eine unkörperliche, dort eine körperliche Sache ist (I § 42 [6]). — Bei einer Mehrheit der Erben vertheilen sich also auch die Schulden des Erblassers auf sie nach Bruchtheilen. Ginge das Vermögen des Erblassers nicht durch Gesammtnachfolge über, so müßte der Antheil an den Schulden für jeden Erwerber erst durch Schätzung des an ihn Gelangten bestimmt werden.

[6] So namentlich Puchta § 446. 447 und Vorl. dazu, auch Rhein. Mus. III S. 302—305; ferner u. A. Ihering Abhandlungen Nr. 3, v. Scheurl Beiträge Nr. 1, Arndts § 464 [1]. § 521 [2] (dieser jedoch ohne besondere Energie), Keller § 456 z. A. und a. E. (welcher Schriftsteller jedoch nicht von der „vermögensrlichen", sondern von der „ökonomischen" Persönlichkeit des Erblassers spricht), Bering S. 65 fg., Neuner die Heredis institutio ex re certa § 1. Wesen und Arten der Privatrverhältnisse § 13 (nam. S. 91). Vgl. auch Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 6 fg. Im Einzelnen findet sich diese Auffassung noch verschieden ausgebildet; und namentlich zeigt sich ein Gegensatz darin, daß entweder die vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers auch als im Erben fortlebend gedacht wird, oder daß sie bloß benützt wird, um das Vermögen auf den Erben überzuleiten, und daß sie entlassen wird, sobald sie diesen Dienst geleistet hat. Das Letztere ist die Auffassung von

[Auch in das BGB. ist die zuletzt bezeichnete Auffassung nicht hineinzutragen. Das BGB. hat, wie das gemeine Recht, das Princip der Gesammtnachfolge eines oder mehrerer Erben (1922). Die Schulden des Verstorbenen sind nicht als Bestandtheile des hinterlassenen Vermögens anzusehen (zu [a]), sondern stehen im Gegensatz zu demselben (vgl. I S. 152); der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten (1967), kann aber bei correctem Verhalten es stets dahin bringen, daß sein eigenes Vermögen nicht angetastet werden kann, sondern die

---

Jhering; der ersteren Ansicht sind Puchta, Scheurl und Arndts, und zwar denken die beiden Erstgenannten die in den Erben übergegangene vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers zugleich als Object des R. des Erben, was denn freilich Arndts für eine Uebertreibung erklärt. Gegen die bezeichnete Auffassung haben sich erklärt u. A. Windscheid krit. Ueberschau I S. 194 fg., Brinz 1. Aufl. S. 667 fg., 2. Aufl. III S. 3, Köppen die Erbschaft S. 96 fg. und System S. 234 fg., Unger § 2 [7], Bruns in v. Holtz. Encycl. 2. Aufl. I § 88 g. E. Jhering und Scheurl haben sie später aufgegeben; s. den Ersten im Jahrbuch für Dogm. X S. 408 fg., den Zweiten in seinem Lehrbuch der Institutionen § 26. 45. 183.

[7] Die vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend denken, heißt: den Erblasser in vermögensrlicher Beziehung als fortlebend denken, und warum soll er als fortlebend gedacht werden, da er doch in Wirklichkeit gestorben ist? 1) Man sagt: weil das Vermögen kein objectiver, sondern ein subjectiver Begriff sei, nur durch eine Person, welche das Subject desselben ist, existire. Aber selbst wenn dies richtig wäre (vgl. § 531 [12]), so bekommt ja das Vermögen des Erblassers in dem Erben, auf welchen es übergeht, ein neues Subject; warum sollte dieses Subject nicht genügen? Entgegnet man: weil für die Identität des Vermögens Identität des Subjects erforderlich ist, so kommt man auf die allgemeine Frage nach dem Verhältniß des R. zu seinem Subject, für welche auf das oben I § 49 [2]· § 64 [6] Gesagte zu verweisen ist. Es kann sich daher höchstens darum handeln, ob nicht für diejenige Zeit nach dem Tode des Erblassers, wo der Erbe noch nicht eingetreten ist, die Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend gedacht werden muß; darüber s. § 531 [12]. 2) Ein genügender Beweis für die hier zurückgewiesene Auffassung liegt auch nicht darin, daß in Nov. 48 pr. der Satz, der Erbe müsse die Erklärung des Erblassers über den Bestand der Erbschaft anerkennen wie seine eigene Erklärung, zu dem Ausdrucke zugespitzt wird, daß der Erbe mit dem Erblasser gewissermaßen eine Person bilde (— „cum . . nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem"); heißt es doch auch in l. 34 pr. D. 30 von zwei zusammengenannten Vermächtnißnehmern, daß sie „unius personae potestate funguntur" (Unger § 2 [9]), womit zu vergleichen ist l. 59 D. 50, 17: „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat" (§ 605 [4]). 3) In l. 62 D. 41, 1 und l. 1 § 1 D. 23, 5 ist kein anderer Gedanke enthalten, als daß ein Veräußerungsverbot kein Vererbungsverbot sei; vgl. auch l. 9 pr. § 1 D. 49, 16, und s. über diesen Punkt Windscheid kr. Ueberschau I S. 198, Köppen die Erbschaft § 22, Schirmer § 3 [43], Unger § 40 [7]. 4) Ueber Anderes, welches man geltend gemacht hat, s. Windscheid a. a. O. S. 197, Brinz 1. Aufl. S. 669 fg. — Eigenthümlich Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 117: das Erbesein sei in erster Linie successio in locum mortui, erst in zweiter Linie Succession in das Vermögen.

Gläubiger mit dem Nachlaß zufrieden sein müssen (s. unt. zu § 606. 607). Das Vermögen des Verstorbenen heißt auch im BGB. „Erbschaft“ (1922); daneben aber kommt „Nachlaß“ vor. „Erbschaft“ sagt das Gesetz, wenn das Vermögen des Verstorbenen als Gegenstand des Ueberganges auf den Erben in Frage kommt (1922. 1942 fg.), oder auch als Gegenstand eines nicht bestehenden Erbrechts (2018 fg.); „Nachlaß“, wenn es in sonstigen Beziehungen, als Gegenstand der gerichtlichen Fürsorge (Nachlaßgericht), der Verwaltung (Nachlaßpflegschaft [1960 fg.], Nachlaßverwaltung [1975 fg. — s. auch 2205]), des Zugriffs der Gläubiger (z. B. 1975. 1990. 1992), insbesondere des Concurses (1975 fg.) in Rede steht. Ganz streng durchgeführt ist diese Scheidung freilich nicht. Da in §§ 1482. 1483 die Frage ist, ob der Antheil des verstorbenen Ehegatten am Gesammtgute auf die Erben übergeht oder nicht, so sollte das Gesetz sagen, daß derselbe zur Erbschaft gehört oder nicht gehört, es spricht aber vom Nachlaß. Bei den Normen über Dispositionen des Erben in Ansehung der Erbschaft und über verwandte Dinge spricht das Gesetz im Allgemeinen von der Erbschaft. So nicht nur bei den im Hinblick auf den Nacherben und dessen Anfallrecht getroffenen Bestimmungen der §§ 2112 fg., sondern auch bei dem Erbschaftskauf (2371 fg.); bei dem Miterbenverhältniß dagegen hat das Gesetz vorgezogen, von Verfügungen über den Antheil am Nachlaß, über Nachlaßgegenstände, Verwaltung des Nachlasses u. s. w. zu sprechen (2032 fg.). Mehrere Erben haben auch im BGB. Antheile, Erbtheile (1922 Abs. 2), welche Bruchtheile sind.]

III. Berufung zur Erbschaft.

§ 529.

Für die Frage: auf Wen das Vermögen eines Verstorbenen übergeht? ist in erster Linie entscheidend die von dem Verstorbenen bei seinen Lebzeiten in gehöriger Weise getroffene Bestimmung. Erst in Ermangelung einer solchen Bestimmung tritt Berufung durch das Gesetz (Rechtssatz) ein. Nur zu Gunsten gewisser Personen kehrt das Verhältniß sich um: sie werden vom Gesetze zur Erbschaft berufen, auch wenn eine sie ausschließende Berufung durch den Erblasser vorliegt. Demnach ist die Berufung zur Erbschaft entweder eine Berufung durch den Willen des Erblassers, oder ohne diesen Willen, oder gegen diesen Willen[1].

---

[1] Wie wir von Berufen, so sprechen die Quellen von vocare. Lex vocat, § 529.
oder vocatur aliquis per legem, lege, ex senatus consulto, ex constitutione, s. z. B. Gai, I, 165. II, 35. 167. 169. III, 36, l. 6 D. 38, 16, l. 3 D. 5, 3, l. 2 § 14 D. 38, 17; praetor, proconsul vocat, z. B. l. 1 § 7 D. 37, 8, l. 1 § 5 D. 38, 6, l. 2 D. 38, 8, l. 26 C. 3, 36; testator vocat, l. 65 (63) § 7 D. 36, 1, l. 88 § 6 D. 31; substitutio vocat, Gai. II, 181, aber auch substitutus vocatur l. 19 pr. D. 28, 3. Es ist klar und in der zuletzt genannten Redeweise tritt es unmittelbar hervor, daß im Grunde

Die Verfügung des Erblassers, durch welche er sich einen Erben beruft, heißt Testament. Nach heutigem Recht kann ein Erbe auch auf dem Wege des Vertrags[2], durch einen Erbvertrag[3], berufen werden[4].

alle Berufung eine gesetzliche ist; die Berufung durch den Erblasser hat rliche Bedeutung nur insofern sie vom Gesetze (Re) anerkannt wird, insofern das Gesetz (R.) sie sich aneignet; die s. g. gesetzliche Berufung ist eine unmittelbar gesetzliche, die Berufung durch den Erblasser eine mittelbar gesetzliche. Es macht sich hier dieselbe Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs geltend, wie bei dem Rserwerb überhaupt (I § 68 [1]). S. auch l. 130 D. 50, 16. „Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur". Vgl. F. Behr die Lehre von den Successionsgründen im Justin. Erbr., Freiburg. Diss. 1881. Brinz 2. Aufl. III § 366 [1].

[2] Nach r. R. war jede vertragsmäßige Berufung eines Erben ungültig; es galt den Römern als ein Verstoß gegen die guten Sitten, sich in Betreff der Verfügung über seinen Nachlaß zu binden. L. 15. 19 C. 2, 3, l. 33 [34] C. 2, 4, l. 5 C. 5, 14. S. auch l. 61 D. 45, 1. Die heutige Gültigkeit der vertragsmäßigen Erbesberufung beruht auf einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsr., welches sich auf Grund eines älteren deutschen Rgedankens gegenüber dem recipirten r. R. in der Form des Juristenr. ausgebildet hat. S. die Citate in der folgenden Note.

[3] Testament und Erbvertrag sind nicht zwei verschiedene Berufungsgründe, sondern zwei Erscheinungsformen eines und desselben Berufungsgrundes. Das Testament ist einseitige und daher frei widerrufliche Berufung durch den Erblasser, der Erbvertrag vertragsmäßige und daher unwiderrufliche Berufung durch den Erblasser. Dieser Gesichtspunkt ist schärfer, als bisher geschehen ist, hervorgehoben und betont worden in der neuesten Schrift über den Erbvertrag, von G. Hartmann (die Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860), jedoch mit Hineinmischung eines, wie mir scheint, irrigen Elementes. Dieses irrige Element besteht darin, daß Hartmann den Erbvertrag in zwei Bestandtheile zerlegt: 1) die einseitige Erbeseinsetzung, 2) den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf derselben. Mit gleichem Re könnte man die Tradition oder den obligatorischen Vertrag zerlegen in: 1) die einseitige Erklärung, der Gegner solle Eigenthümer oder Gläubiger werden, 2) den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf dieser Erklärung. Die Möglichkeit des Widerrufs der vertragsmäßigen Erklärung wird verloren nicht durch einen dieselbe begleitenden Verzichtvertrag, sondern durch ihre Annahme von der Gegenseite, welche im Zusammenschluß mit ihr eben den Vertrag ausmacht. Ich wüßte nicht, weßwegen die gleiche Auffassung beim Erbvertrag unzulässig sein sollte, und es fällt mir schwer, mich in die Argumentation Hartmann's S. 2 fg. hineinzudenken. Hartmann's Ausgangspunkt ist, daß durch den Erbvertrag dem Berufenen nicht „sofort ein festes R. erworben sei." Freilich keine gegenwärtige rliche Macht über Sache oder Person; aber ist das zum Begriffe des Vertrags nothwendig? Zum Begriffe des Vertrags gehört, daß die von dem Einen abgegebene Willenserklärung durch die Erklärung des Andern ergriffen, festgehalten werde (I § 69); welches der Inhalt jener ersten Erklärung sei, ist, wie man längst erkannt hat, für den Begriff des Vertrags gleichgültig, und warum sie gerade darauf nicht sollte gehen können, daß nach meinem Tode

Der vom Gesetze in Ermangelung einer Bestimmung des Erblassers berufene Erbe heißt **gesetzlicher** oder **Intestaterbe**[5],

---

Jemand, wenn er will, mein Erbe soll werden können, leuchtet nicht ein. Indem der Bezeichnete diese Erklärung annimmt, erreicht er, daß ihm die in Aussicht gestellte rliche Position nicht mehr verkümmert werden kann, und erlangt damit gerade so viel „sofortiges R.", als zum Begriff des Vertrags erforderlich ist. Doch haben sich für Hartmann's Construction ausgesprochen Arndts (Haimerl's österr. VJS. VII S. 10 und Pand. 501 [6]) und Unger (§ 26 [8]). Gegen dieselbe: Ruhwandl in der deutschen Gerichtszeitg. Jahrg. 1863 Nr. 26. 27, Schirmer § 5 [8 a. E.], Köppen System § 4 [50] [Lehrb. S. 62 [1]], Gerber § 257 [1] [17. Aufl. (Cosack) § 304 [1]], Beseler § 141 [4], Stobbe V S. 283, Roth bayr. Civilr. III § 331 [13], [2. Aufl. (Becher) § 360 a. E.], Hofmann in Grünh. ZS. III S. 666 fg. — Uebrigens bleibt es auch bei der hier vertretenen Auffassung wahr, was Hartmann als Consequenz der seinigen so energisch betont, sowohl daß die in einem Erbvertrag enthaltene Erbeseinsetzung in Betreff der Voraussetzungen ihrer Gültigkeit wie in Betreff ihrer Wirkungen im Princip nach den Regeln für die testamentarische Erbeseinsetzung zu beurtheilen ist, als auch daß, wenn der Erbvertrag als Vertrag ungültig ist, die in demselben enthaltene Erbeseinsetzung dagegen den Erfordernissen einer testamentarischen Einsetzung entspricht (z. B. Erbvertrag mit testamentarischer Form bei Minderjährigkeit des Erblassers), die vertragsmäßige Erbeseinsetzung als einseitige aufrecht erhalten werden kann; es wird damit die Grenze erlaubter Conversion (I § 82, 5) nicht überschritten. — Literatur des Erbvertrages außer der citirten Schrift von Hartmann: Hasse Rhein. Mus. II. S. 149 fg. 300 fg. III S. 1 fg. (1828. 1829). Beseler die Lehre von den Erbverträgen, 2 Bde. 1834. 1837. 1840. Buddeus im RLex. IV S. 27—48 (1843). Dieck Encyclopädie von Ersch und Gruber XL S. 394—431 (1841). Gerber § 257—264 [§ 303—311], Beseler § 141—145, Stobbe V § 310—314, Roth bayr. Civilr. III § 330—336. [§ 359—365], Köppen System S. 285—288, Brinz 1. Aufl. § 189. 2. Aufl. III § 380, Unger § 26. [Abicht ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag. Gött. Diss. 1893, Hanfft Verfügungsfreiheit des Vertragserblassers und Schutz des Vertragserben. Gött. Diss. 1896, Schiffner Erbverträge im Zusammenhang mit Adoptionsverträgen (österr. R.). Grünh. ZS. XXV S. 266 fg. — Weiteres s. unt. nach § 568].

[4] Zu unterscheiden vom Erbvertrag ist der Vertrag über die noch nicht angefallene Erbschaft eines lebenden Dritten. Dieser Vertrag ist nach r. wie nach heutigem R. ungültig, es müßte denn der Dritte seine Zustimmung gegeben haben. L. 29 § 2 D. 39, 5, l. 30 C. 2, 3; vgl. l. 2 § 2 D. 28, 6: — „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate". Hasse ([3]) II S. 218 fg., Beseler Erbvertr. II 2 S. 328 fg., Köppen System § 4 [40 Nr. 2]. Lehrb. S. 61, Vangerow II § 396 Anm. Nr. II, Sintenis III § 159 [6], Stobbe V S. 296 fg., L. Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. (Leipzig 1877) S. 26 fg. Sf. II. 313, VIII. 153, XIII. 151, XVIII. 91, XXX. 44, XXXI. 249, XXXVII. 44, (RG. IV S. 125), XLI. 264. [Der curator furiosi kann die Zustimmung nicht statt des geisteskranken Dritten ertheilen: Sf. LIV. 30.] Doch wird auch die Ansicht vertreten, daß mit der Anerkennung der Gültigkeit des Erbvertrages der bezeichnete Vertrag ebenfalls gültig geworden sei, s. z. B. Eichhorn deutsch. Privatr. § 341, Mittermaier deutsch. Privatr. § 453, und darnach ist erkannt bei Sf. I. 252, XIII. 44,

der vom Gesetze gegen die Bestimmung des Erblassers berufene Erbe heißt **Notherbe**[6]. —

[Nach BGB. kann ein Erbe, wie nach gemeinem Recht, eintreten kraft Willens des Erblassers und kraft Gesetzes (gesetzlicher Erbe, 1924 fg.). Das BGB. stellt die gesetzliche Erbfolge als das Normale voran, ohne daran etwas zu ändern, daß sie nur eintritt, wenn ein Erbe kraft Willens des Erblassers nicht vorhanden ist. Ein Notherbe, der gegen den Willen des Erblassers eintritt, kommt nicht vor; es gibt nur ein Pflichttheilsrecht in Gestalt eines Geldanspruchs (2303 fg.). Die Berufung durch den Willen des Erblassers kann geschehen durch einseitige Verfügung von Todeswegen (Testament, letztwillige Verfügung) (1937) oder durch Erbvertrag (1941). Testament ist nicht mehr der ausschließliche Name für letztwillige Verfügungen, die eine Erbeseinsetzung enthalten, sondern wird für einseitige Verfügungen von Todeswegen überhaupt gebraucht (vgl. 1938 fg.). Deßgleichen heißt Erbvertrag auch ein Vertrag, der nicht eine Erbeseinsetzung, sondern nur Vermächtnisse oder Auflagen anordnet (1941). Der gemeinschaftliche Name für letztwillige Verfügungen und Erbverträge ist Verfügung von Todeswegen.]

Eine wirksame Erbschaftsberufung tritt nicht vor dem Tode des Erblassers[7], aber sie tritt nicht nothwendig sofort mit dem Tode des Erblassers ein[8].

XIV. 216, XX. 51, XXXII. 256. Dernburg III § 127, 2 will auf den einzelnen Fall sehen, ob gerade in ihm eine Unsittlichkeit vorliege. Vertrag über die Erbschaft eines Verschollenen: Sf. XXXVIII. 37. — Eine andere Frage ist es, ob nicht mit der Anerkennung der Gültigkeit der Erbverträge der Satz des r. R. beseitigt ist, daß der Erblasser sich in der Freiheit der Verfügung über seinen Nachlaß auch nicht obligatorisch binden könne (l. 61 D. 45, 1, l. 4 C. 8, 38 [39]), und diese Frage glaube ich allerdings bejahen zu müssen. Doch gehen auch über diesen Punkt die Ansichten auseinander. S. Hasse II S. 206 fg., Mühlenbruch Fortſ. von Glück XXXVIII S. 209 fg., Beseler Erbvertr. II 2 S. 61 fg. 315 fg., Hartmann S. 116 fg., Unger § 24[6], Köppen System § 4[19 Nr. 1], Lehrbuch S. 62 lit. b, Stobbe V § 302[19–21]. Sf. IX. 48. XXIII. 121. RG. XIX. 232 (= Sf. XLIII. 277.) [Vermächtniß der Herausgabe der künftig etwa anfallenden Erbschaft eines Dritten ist gültig: RG. XXXV S. 147 fg. — Nach BGB. sind Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über Pflichttheil oder Vermächtniß daraus nichtig, ausgenommen, wenn sie unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder Pflichttheil eines von ihnen geschlossen werden. In diesem Falle bedürfen sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (312). Nichtig ist auch ein Vertrag, durch welchen ein Erblasser sich verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben oder das eine oder das andere zu unterlassen (2302).]

[5] Die Quellen setzen der **testamentaria hereditas** die **intestati hereditas**, die **hereditas quae ab intestato defertur, obvenit** entgegen. Vgl. z. B. Ulp. XXV, 1, Gai II, 99, § 6 I. 2, 9, l. 39 D. 29, 2. Die Ausdrücke **legitimus heres, legitima hereditas** haben aber in den Quellen noch eine besondere Beziehung auf das Zwölftafelgesetz, so daß dann die **sui heredes**, deren Erbr. in den 12 Tafeln nur vorausgesetzt, nicht besonders ausgesprochen worden war, den **legitimi heredes** entgegengesetzt werden. Vgl. Schirmer § 5[1].

[Principiell kann man nach BGB. dasselbe sagen; in der Durchführung aber gestaltet sich der Satz anders. Der zur Zeit des Todes des Erblassers im Mutterleibe Befindliche wird, wenn er geboren wird, wie im gemeinen Recht, so Erbe, wie wenn er vor dem Tode des Erblassers geboren wäre (1923); derjenige dagegen, welcher unter einer bei dem Erbfall noch schwebenden Bedingung eingesetzt ist, wird nur Nacherbe, und in Ermangelung anderer Bestimmung des Erblassers sind bis zum Eintritt der Bedingung die gesetzlichen Erben die Vorerben (2105); vgl. zu § 533].

IV. Anfall und Erwerb der Erbschaft.

§ 530.

Wenn eine wirksame Erbschaftsberufung zu Gunsten einer bestimmten Person vorhanden ist, so sagt man, derselben sei die Erbschaft deferirt, angefallen[1]. Der Anfall macht aber den Berufenen regelmäßig noch nicht sofort zum Erben; der Berufene muß vielmehr regelmäßig die Erbschaft erst durch eine von ihm abgegebene Willenserklärung erwerben[2]. Von dieser Regel gilt eine Ausnahme nur zu Gunsten der Descendenten, welche in der unmittelbaren Gewalt des Erblassers gestanden haben[3].

[Das BGB. folgt dem deutschrechtlichen Satz: der Todte erbt den Lebendigen. Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben von selbst über unbeschadet des Ausschlagungsrechtes (1942).]

---

[6] Vgl. § 530 [3] und § 575 [3].

[7] Eine wirksame Erbschaftsberufung: die Thatsache der Berufung zur Erbschaft ist jedenfalls bei der Berufung durch den Willen des Erblassers schon vor dem Tode des Erblassers vorhanden, und auch was die gesetzliche Berufung angeht, so ist es sprachlich nicht unrichtig, von dem nächsten Verwandten schon vor dem Tode des Erblassers zu sagen, daß er zur Erbschaft desselben berufen sei. Uebrigens ist es eine bedeutende Erleichterung der Darstellung, wenn unter Berufung zur Erbschaft da, wo nicht der Zusammenhang deutlich das Gegentheil ergibt, eine sofort wirksame Berufung verstanden wird, und von dieser Freiheit wird im Folgenden Gebrauch gemacht werden.

[8] Der Erblasser hat sich einen Erben unter einer noch schwebenden Bedingung berufen. Der zur Erbschaft Berufene ist noch im Mutterleib.

[1] Der Ausdruck defertur hereditas ist quellenmäßig: das Substantivum delatio hereditatis kommt in den Quellen nicht vor. Heutzutage spricht man ganz gewöhnlich von Delation der Erbschaft. Und zwar gebrauchen die Meisten diesen Ausdruck als synonym mit dem Ausdruck Berufung zur Erbschaft. Dawider Puchta § 448 und Vorl. dazu; s. auch Köppen System S. 299 [Lehrb. § 3, III]. Dieser Widerspruch hat Berechtigung nur dann, wenn man unter Berufung zur Erbschaft nicht lediglich eine wirksame Berufung versteht (§ 529 [7]). — Ueber einen ganz besonderen Sinn, welchen Northoff Jahrb. für Dogm. V S. 190 fg. mit dem Ausdruck „Delation" verbindet, s. § 597 [5 a. E.]. § 530.

V. Die ruhende Erbschaft*.

§ 531.

Da es nach dem zuvor Gesagten eine Erbschaft geben kann, ohne daß für sie bereits ein Erbe vorhanden ist[1], so wird es nothwendig, das Rechtsverhältniß, in welchem die Erbschaft sich in dieser Zwischenzeit befindet, zu bestimmen[2]. Man gebraucht für die Erbschaft in dieser Zwischenzeit den in der Ueberschrift bezeichneten Ausdruck[3].

---

[a] Vgl. l. 151 D. 50, 16. „Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi".

[b] Sie sind nach römischer Bezeichnung necessarii heredes, welcher Ausdruck also mit unserem Ausdruck Notherbe (§ 529 [6]) nicht verwechselt werden darf.

* Savigny System II § 102 (1840). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 40—77 (1843). Arndts im RLex. IV S. 2—6 (1843). Jhering Abhandlungen aus dem r. R. Nr. 1 (1843). v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des r. R. Nr. 1 (1853). Pagenstecher Heidelberg. kr. ZS. I S. 21—36 (1853). Windscheid kr. Ueberschau I S. 181 fg. (1853). Kuntze die Obligation rc. S. 376—384 (1856). Windscheid die Actio rc. S. 233—238 (1856). Köppen die Erbschaft (1856). Schmidt (von Ilmenau) die Persönlichkeit des Sclaven nach r. R. (akad. Programm 1868) S. 41 fg. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 408 fg. (1871). Pernice Labeo I § 358—375 (1873). Marcusen die Lehre von der hereditas iacens in ihrem Zusammenhang mit der alten usucapio pro herede (1883). (Darüber Leipz. literar. Centralblatt 1883 S. 1479, Freund Sav. ZS. VI S. 280, Pfersche kr. VJS. XXVII S. 319.) Vering S. 65 fg. 89 fg. Köppen System § 2. Lehrb. § 2. Schirmer § 3. Unger § 7. Brinz 1. Aufl. § 154. 155, auch S. 1000 fg. 2. Aufl. III § 364, Arndts § 465. [Steinlechner das schwebende Erbr. und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach röm. und österr. R. E. Beitrag zur Lehre von der Pendenz der Re. Innsbruck I 1893. II. 1897 zu I: Sokolowski kr. VJS. XXXVI S. 535 fg., zu I. II. Oertmann ABR. XIII S. 138 fg.]

§ 531. [1] Weil nicht sofort mit dem Tode des Erblassers eine (wirksame) Erbschaftsberufung eingetreten ist (§ 529 [8]), oder weil der Berufene die Erbschaft noch nicht erworben hat (§ 530 [2]).

[2] Nach der diesem Kapitel gegebenen Ueberschrift sollte hiervon eigentlich nicht an diesem Orte gehandelt werden; der eigentliche Sitz dieser Lehre wäre das sechste Kapitel. Doch trägt das in ihr zu Sagende zur Erläuterung des Begriffs der Erbschaft (§ 528) bei, und dadurch rechtfertigt sich diese kleine Ungenauigkeit der Anordnung.

[3] Die Quellen sagen: hereditas iacet. L. 1 D. 37, 3, l. 1 pr. D. 38, 9, l. 4 § 17 D. 40, 5, l. 13 § 5 D. 43, 24. Es mag nicht überflüssig sein, zu bemerken, daß der oben bezeichnete deutsche Ausdruck diesem quellenmäßigen Ausdruck genau genommen nicht entspricht. Denn der lateinische Ausdruck will nicht die Unthätigkeit der Erbschaft betonen, als wenn sie mit dem Erwerbe in eine besondere Action träte, sondern die Vorstellung, auf welcher er beruht, ist einfach die eines Liegens ohne aufgenommen zu sein. Doch sind andere Ausdrücke, die

Die fragliche Bestimmung kann zunächst nur dahin gehen, daß die ruhende Erbschaft, da sie ihren früheren Herrn verloren und einen neuen noch nicht gewonnen hat, einstweilen eben ohne Herrn ist[4], daß aber dadurch im Uebrigen an ihrer rechtlichen Lage nichts geändert wird, und daß daher die zu ihr gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten weder ihre Existenz verlieren[5], noch ihre Einheit als Vermögen[6], und daß dieses Vermögen auch die Fähigkeit behält, sich durch neu hinzutretende Rechte und Verbindlichkeiten zu erweitern, soweit die Entstehung von Rechten und Verbindlichkeiten möglich ist, ohne daß sie für eine physische Person entstehen[7]. In der That ist diese Auffassung in den Quellen mit Entschiedenheit vertreten[8].

Neben dieser Auffassung findet sich in den Quellen aber auch eine andere. Wie in sonstigen Fällen für subjectlose Rechte und Verbindlichkeiten auf künstlichem Wege, durch Personification eines Unpersönlichen, ein Subject gewonnen worden ist, so ist es auch hier geschehen. Und da sich ein Anderes, was hätte personificirt werden können, nicht darbot, so hat man die Erbschaft selbst personificirt und sie selbst zum Subject ihrer eigenen Rechte und Verbindlich-

man gebrauchen könnte, auch nicht tadellos. Der Ausdruck „unerworbene Erbschaft" würde die Vorstellung erwecken, als fehle es hier immer nur an dem Erwerbe, während es auch an der Berufung fehlen kann; der Ausdruck „erblose Erbschaft" würde nicht sagen, daß es sich hier um eine Erbschaft handelt, die ihren Erben erwartet.

[4] Vgl. l. 1 pr. D. 38, 9: — „ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent", und s. die folgende Note.

[5] Bei ruhender Erbschaft sind zwar die Erbschaftssachen res nullius, nullius in bonis, sine domino (Gai. II, 9 [l. 1 pr. D. 1, 8], l. 13 § 2 D. 9, 2, l. 9 D. 22, 2, l. 65 [64] D. 28, 5, l. 13 § 5 D. 43, 24, l. 6 D. 47, 19), die Erbschaftsschulden ohne Schuldner (l. 11 pr. D. 13, 5, l. 9 D. 22, 2, vgl. auch l. 10 D. 36, 3), und ebenso die Erbschaftsforderungen ohne Gläubiger; vgl. noch l. 3 § 6. l. 21 [22] D. 3, 5. Aber deßwegen sind die Erbschaftssachen nicht rlos (l. 36 D. 45, 3; — „nec potest relictus videri, qui universo hereditatis iure continetur"), die Erbschaftsschulden und die Erbschaftsforderungen gehen nicht unter (l. 11 pr. D. 13, 5: — „debita pecunia constituta est", l. 10 D. 36, 3: — „quia omnimodo dari oportet legatum").

[6] L. 36 D. 45, 3 ([5]); — universo hereditatis iure".

[7] L. 20 § 3 D. 5, 3: — „hereditas augmentum recipit et deminutionem". L. 178 § 1 D. 50, 16, l. 3 § 6 D. 3, 5. S. ferner l. 40 D. 41, 3; l. 13 § 2 D. 9, 2, l. 13 § 5 D. 43, 24, l. 1 § 6 D. 47, 10; l. 20 [21] § 1 D. 3, 5; l. 9 D. 22, 2, l. 77 D. 45, 1; l. 68 § 1 D. 30, l. 55 § 1 D. 31, l. 11 § 2 D. 46, 4, l. 29 D. 49, 15.

[8] S. die Stellen der drei vorhergehenden Noten — Ihering Jahrb. für Dogm. X S. 408 fg. nimmt während ruhender Erbschaft Fortexistenz nicht sowohl der Re, als vielmehr der passiven Seite der Re an (vgl. I § 65 [9]).

keiten gemacht, derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen sie besteht und ohne welche sie nicht vorhanden sein würde[9]. Mit anderen Worten: man hat die Erbschaft zur juristischen Person erhoben[10].

[9] Es heißt von der Erbschaft, sie sei „domina", l. 31 § 1 D. 28, 5, l. 1 § 1 D. 47, 4; „dominus habetur", l. 13 § 2 D. 9, 2; „pro domino habetur", l. 61 pr. D. 41, 1; „domini loco habetur", l. 15 pr. D. 11, 1; „dominae locum obtinet", l. 13 § 5 D. 43, 24; „personam domini sustinet", l. 9 C. 4, 34. Es heißt ferner, daß die Erbschaft „personae vice fungitur" d. h. daß sie die Stelle eines menschlichen Individuums vertrete (I § 49 [5]), l. 15 pr. D. 41, 3, l. 22 D. 46, 1.

[10] Dieß leugnen Savigny, Köppen, Brinz in der 1. Auflage, auch Sohm Institutionen S. 327. 328 (2. Aufl. S. 372. 373). Savigny findet im r. R. zwar die Fiction, die Erbschaft stelle eine Person (oder den Verstorbenen, s. Note [12]) vor; aber damit sei sie als juristische Person nicht anerkannt, und auch jene Fiction sei bloß zur Erleichterung des Sclavenerwerbes aufgestellt, und habe daher für das heutige R. keine Bedeutung mehr. Die beschränkte Beziehung der Fiction auf den Sclavenerwerb, die gewiß unrichtig ist, weist Köppen zurück; aber auch er findet in den Quellen nur den Ausdruck des Gedankens, daß für die Erbschaft Erwerb und Verlust in der gleichen Weise möglich sei, wie für den Eigenthümer (bez. den Verstorbenen) und sie insofern den Eigenthümer (bez. den Verstorbenen) vertrete. Uebereinstimmend Brinz 1. Aufl. S. 665. 666. Mir scheint es unmöglich, den in Note [9] und [12] angeführten Stellen gegenüber mit der Anerkennung zurückzuhalten, daß die Römer die ruhende Erbschaft als Dasjenige angesehen haben, was wir (freilich nicht sie) eine juristische Person nennen. Daß die Erbschaft eine juristische Person besonderer Art ist, eine juristische Person, welche nichts ist außer dem, was sie hat, welche, um einen Ausdruck von Brinz (S. 1000 fg.) zu gebrauchen, nur hat, um zu bewahren, nicht um zu verwenden, liegt auf der Hand. Aber daraus folgt nicht, daß sie eine juristische Person überhaupt nicht sei; wird sie doch in l. 22 D. 46, 1 geradezu den Gemeinden gleichgestellt. S. jetzt auch Brinz in der 2. Aufl. § 364, der aber als Substrat der Personification nicht den Nachlaß, sondern die künftige Erbfolge ansieht. Ueber die Auffassung Sohm's s. Note [14 a. E.]. Uebrigens ist dieser Streit ein praktisch äußerst unfruchtbarer. Denn ein R. für die juristische Person als solche gibt es nicht (I § 58), und daß die Rfähigkeit der ruhenden Erbschaft etwa nach den Regeln für Corporationen oder für Stiftungen zu bemessen wäre, behauptet Niemand, wie denn die Quellen den Mangel der menschlichen Persönlichkeit bei ihr ausdrücklich für einen Grund der Unfähigkeit zum Haben eines Nießbrauchs erklären (l. 26 D. 45, 3, l. 1 § 2 D. 7, 3, l. 16 § 1 D. 36, 2), sie eben deßwegen keinen Besitz haben kann (— „quae facti est et animi", l. 1 § 15 D. 47, 4, vgl. Sf. III. 348, s. übrigens auch das. XIV. 102 und Unger § 7 [20], Arndts § 465 [3]), und keine Spur davon vorkommt, daß sie zum Erben eingesetzt oder ihr vermacht werden könnte; s. noch II § 454 [4]. — Scheurl, dem Schirmer (S. 22) beitritt, meint, die ruhende Erbschaft sei zwar eine fingirte, aber keine juristische Person. Auch für diese Unterscheidung sehe ich keinen Grund, vgl. Windscheid a. a. O. S. 190. — S. auch Unger a. a. O. Anm. [8. 11], Arndts a. a. O. Anm. [1. 2], Gierke Genossenschaftsr. III S. 104, Pfaff und Hofmann Commentar

Zu dem Gesagten ist noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Wenn bei der Begründung von Rechtsverhältnissen für die Erbschaft Eigenschaften der Erwerbsperson in Frage kommen, welche eine menschliche Persönlichkeit voraussetzen: soll man dann einfach dabei stehen bleiben, daß die Erbschaft eben solche Eigenschaften nicht haben könne, oder soll man auf die Person des Erblassers, oder umgekehrt auf die des zur Erbschaft Berufenen sehen? Das römische Recht hat sich dafür entschieden, daß auf die Person des Erblassers gesehen werden solle[11]. Dieß wird so ausgedrückt: die Erbschaft vertritt den Erblasser, stellt den Erblasser dar[12].

---

zum österr. bürgerl. Gesetzbuch I S. 32 fg. [Gegen die juristische Persönlichkeit der hereditas iacens erklärt sich auch Steinlechner. Die sein grundgelehrtes und scharfsinniges Buch durchziehende Idee ist: der berufene Erbe hat in Kraft der Delation bedingtes, schwebendes Erbr., bedingt durch seinen Antritt. Vor dem Antritt wird die Erbschaft so behandelt, als gehörte sie dem noch lebenden Erblasser: „die hereditas iacens stellt ein Pendenzverhältniß dar mit vorläufiger Regelung der Eigenthumsfrage im Sinne des bisherigen Zustandes, d. h. so wie wenn der Erblasser selbst noch leben würde". So die Zusammenfassung II S. 114. Allein, wenn die Erbschaft rlich im Wege der Fiction einem Herrn zugeschrieben wird, der nicht mehr existirt, so hilft das eben darüber nicht hinweg, daß sie in Wahrheit keinen Herrn hat. Vgl. auch Oertmann a. a. O.]

[11] L. 33 § 2. l. 34 D. 41, 1; § 2 I. 2, 14; pr. I. 3, 17, l. 31 § 1 D. 28, 5, l. 116 § 3 D. 30. Aus Versehen haben die Compilatoren auch eine Stelle aufgenommen, in welcher es heißt, daß die Erbschaft den künftigen Erben darstelle, l. 24 D. 46, 2, ja selbst eine Stelle, in welcher der zuerst gedachte Gesichtspunkt vertreten ist, l. 55 § 1 D. 31 (s. übrigens über diese Stelle auch Schirmer § 3 [43 a. E.]), s. auch l. 20 [21] § 1 D. 3, 5. — Die Frage hatte für die Römer Interesse namentlich wegen des Erfordernisses des commercium bei den civilen Erwerbarten; ganz unpraktisch ist sie aber auch heutzutage nicht. Man denke z. B. daran, daß irgendwo noch Staatsangehörigkeit Voraussetzung des Erwerbes von Grundeigenthum ist. S. auch Köppen System S 213. 218 fg. Lehrbuch S. 50. 51.

[12] Hereditas defuncti personam, defuncti vicem, defuncti personae vicem sustinet; defuncti personae vice fungitur; defuncti locum obtinet. S. die Stellen der vorigen Note. — Es ist die Meinung sehr verbreitet (Puchta § 447 und Vorl. dazu, Pagenstecher, Kuntze, Bering, Neuner Wesen und Arten der Privatrverhältnisse S. 93, diese übrigens nicht durchweg übereinstimmend, früher gehörten auch Jhering und Scheurl hierher [§ 528 [6]], s. ferner Savigny System I S. 381), das wahre Subject der zu einer ruhenden Erbschaft gehörenden Re und Verbindlichkeiten, wie der Erbschaft selbst, sei die als fortlebend gedachte vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers, und man hat in den oben bezeichneten Aussprüchen der Quellen ein unmittelbares Zeugniß für diese Auffassung zu finden geglaubt. Sehr mit Unrecht. In jenen Aussprüchen ist von Persönlichkeit nichts enthalten, und am Wenigsten davon, daß die Erbschaft von der Persönlichkeit des Verstorbenen gehabt werde; sie

2. Wird der Berufene durch den Erwerb der Erbschaft Rechtsnachfolger der Erbschaft oder des Erblassers? Es ist dem römischen Recht unnatürlich erschienen, daß der Erbe die Erbschaft aus der Hand der Erbschaft selbst erwerben sollte, und deßwegen erklärt es ihn für den Rechtsnachfolger des Erblassers, und nicht der Erbschaft. Dadurch sah es sich aber genöthigt, der Rechtsnachfolge des Erben eine andere zeitliche Beziehung zu geben, als sie in Wirklichkeit hat, und sie auf die Zeit des Todes des Erblassers zurück zu übertragen[13]. Praktische Bedeutung darf dieser lediglich durch die bezeichnete Auffassung hervorgerufenen Rückübertragung nicht beigemessen werden[14].

---

wollen einfach sagen, daß die Erbschaft den Erblasser in seiner leiblichen Erscheinung (persona) darstelle, vertrete, als wenn er noch lebe, daß sie daher für den Rserwerb (abgesehen von Ausnahmen — „in multis partibus iuris, in plerisque", l. 61 D. 41, 1, l. 15 D. 41, 3, pr. I. 3, 17) behandelt werde, wie er selbst behandelt werden würde, wenn er nicht gestorben wäre. S. auch l. 41 D. 12, 1 (*vv.* quodsi stipulatus quoque esset *cett.*), l. 18 § 2 D. 45, 3; l. 3 § 6 D. 3, 5, l. 15 pr. D. 18, 2; l. 2 § 18 D. 18, 4, l. 1 § 4 D. 45, 3. Der letzte und eigentlich treibende Grund jener Auffassung ist freilich die Meinung, daß Re und Verbindlichkeiten, als einzelne wie als Vermögen, nicht gedacht werden könnten ohne Subject, und daß daher, wo ein Subject fehle, ein solches durch Gedankenoperation geschaffen werden müsse. S. dagegen Windscheid, Schirmer, Unger a. a. O., und vgl. auch I § 49 [3]. (Vollständig will übrigens auch Schirmer die Idee der fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers nicht aufgeben, s. S. 21. 22.) Ein ganz neuer Grund findet sich bei Neuner a. a. O. in der Behauptung, daß bereits bei Lebzeiten des Menschen das eigentliche Subject seiner Re und Verbindlichkeiten nicht sowohl er selbst, als vielmehr sein ideelles Vermögen, d. h. seine Vermögensfähigkeit oder seine vermögensrliche Persönlichkeit sei. S. I § 42 [3].

[13] L. 54 D. 29, 2. „Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte testatoris successisse defuncto intellegitur." L. 138 pr. D. 50, 17. „Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur." L. 193 D. 50, 17, l. 28 § 4 D. 45, 3.

[14] Vgl. den in der vorigen Note genannten Stellen gegenüber: l. 8 D. 12, 1: — „heredis a die aditae hereditatis videntur nummi fuisse"; l. 1 § 6 D. 47, 10: — „hereditati et sic heredi per hereditatem adquiri"; l. 80 D. 31: — „ut . . recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat". Nur in Einer Beziehung ist von einigen römischen Juristen der Versuch gemacht worden, den genannten Satz auch praktisch zu verwerthen, um nämlich die Gültigkeit einer von einem Erbschaftssclaven auf den Namen des künftigen Erben gestellten Stipulation zu retten, jedoch auch hier unter entschiedenem Widerspruch Anderer. L. 28 § 4. l. 35 D. 45, 3 — l. 16. l. 18 § 2 D. eod., l. 27 § 10 D. 2, 14. — Uebrigens gehen die Meinungen über Sinn und praktische Bedeutung der genannten Regel auseinander. Vgl. Puchta Vorl. II S. 297, Jhering S. 167 fg., Scheurl S. 51 fg., Windscheid S. 198 fg., Köppen Erbschaft S. 123 fg. Jahrb. für Dogm. V S. 181 fg.

[Das BGB. geht davon aus, daß der Erbe als Gesammtnachfolger des Erblassers eintritt und die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers von selbst erwirbt (1922. 1942). Der Erbe kann durch Ausschlagung aufhören, Erbe zu sein, mit der Wirkung, daß nun alles so angesehen wird, als sei er es nie gewesen; die Erbschaft fällt dann Demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte, und dieser Anfall gilt als mit dem Tode des Erblassers erfolgt (1953). Ebenso ist es, wenn der zuerst berufene Erbe für erbunwürdig erklärt wird (2344), und wenn die Verfügung von Todeswegen, auf welcher die Berufung ruht, durch Anfechtung beseitigt wird (142). In allen diesen Fällen ist aber zu jeder Zeit nach dem Tode des Erblassers Jemand vorhanden, der als Erbe der Herr des Nachlasses ist; ein Stadium der **hereditas iacens** tritt also nicht ein, wenn auch die Stellung des Erben, so lange zweifelhaft ist, ob er es bleibt, nicht die gleiche ist, wie dann, wenn solche Unsicherheit beseitigt ist (s. z. B. 1958, vgl. 1943). Jene Unsicherheit kann das Bedürfniß einer gerichtlichen Fürsorge für den Nachlaß hervorbringen, insbesondere dasjenige einer Pflegschaft; diese aber wird nicht als Güterpflege, sondern als Pflege desjenigen angesehen, der (definitiv) Erbe wird (1960). Es kann auch ein Erbe vorhanden sein, der die Erbschaft angenommen hat, also nicht mehr ausschlagen kann (1943), während doch noch unbekannt ist, wer er ist, oder ob er angenommen hat. Dann können dieselben Fürsorgemaßregeln eintreten. (1960 Abs. 1 S. 2), aber der Zustand der erbenlosen Erbschaft liegt wiederum nicht vor. Ist ein Erbe bedingt eingesetzt, so sind bis zum Eintritt der Bedingung andere Erben vorhanden (2105), ein Zustand der **hereditas iacens** tritt also auch in diesem Falle nicht ein.

Anders verhält es sich, wenn bei dem Tode des Erblassers eine Person im Mutterleibe vorhanden ist, welche im Falle ihrer lebendigen Geburt als Erbe berufen ist (1923 Abs. 2), oder wenn die Entscheidung noch aussteht über die Ehelichkeitserklärung eines Kindes, welches im Falle dieser Erklärung erbberechtigt ist (1733 Abs. 3), oder entsprechend über die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt (1753 Abs. 3), oder über die Genehmigung einer von dem Stifter zum Erben eingesetzten Stiftung (84, vgl. 2101 Abs. 2). In diesen Fällen (vgl. 2043) ist bis zur Entscheidung in der Schwebe, ob die Erbschaft dem Kinde, der Stiftung anfällt oder Anderen. Ist die Entscheidung gefallen, so gilt die Erbschaft demjenigen, dem sie anfällt, als mit dem Tode des Erblassers angefallen. Fällt die Entscheidung zu Gunsten des Kindes oder der Stiftung, so folgt dieß aus den Fictionen der angezogenen Bestimmungen; im umgekehrten Falle ist es ebenfalls unzweifelhaft. Während der Schwebezeit hat

---

XI S. 205 fg. Lehrb. S. 273 fg., Schirmer S. 67 fg., Unger § 6[4], Arndts § 521[1]. Sohm Institutionen S. 327. 328 [9. Aufl. S. 488 fg.] sieht in der bezeichneten Regel die Lösung aller Schwierigkeiten: Subject der Re und Verbindlichkeiten sei sofort mit dem Tode des Erblassers der Erbe; zwar sei das wahr erst nach geschehenem Erbschaftsantritt, aber nach geschehenem Erbschaftsantritt sei der Erbe von vornherein Subject gewesen. Ich sehe darin einen nackten Widerspruch, daß Jemand Subject von Ren und Verbindlichkeiten zwar erst mit einem gewissen Zeitpunkt wird, aber, wenn er es geworden ist, er es schon früher gewesen ist (gewesen ist, sagt Sohm, nicht: als Subject gedacht wird).

die Erbschaft streng genommen keinen Herrn; denn die nach der Entscheidung eingreifende Fiction kann daran nichts ändern, daß bis zur Entscheidung die Erbschaft weder der einen noch der anderen Partei gehört hat. Das BGB. schützt aber auch eine solche Erbschaft als ein einem annoch unbekannten Erben gehöriges Vermögen (1960 fg.), nicht als eine juristische Person.

Wenn Rechte oder Verpflichtungen für die Erbschaft begründet werden, so müssen sie danach immer, entgegen dem zu [11. 12] Gesagten, als für die Person des definitiven Erben begründet angesehen werden. Wenn z. B. für eine Erbschaft ein preußisches Grundstück im Werthe von mehr als 5000 M. erworben wird, und der Definitiverbe wird eine juristische Person, welche in einem andern Bundesstaate ihren Sitz hat, so stellt sich der Erwerb des Grundstücks als der Genehmigung des preußischen Staates bedürftig dar. Preuß. AG. z. BGB. Art. 7 § 2, EG. z. BGB. Art. 86.]

VI. Hereditas und bonorum possessio*.

§ 532.

Wie für die Entwickelung des gesammten römischen Rechts, so ist namentlich auch für die Entwickelung des römischen Erbrechts die Thätigkeit des Prätors von eingreifender Wichtigkeit geworden. Der Prätor konnte jedoch seiner Stellung nach eigentliches Erbrecht nicht verleihen[1]; er konnte, wenn er über das Civilrecht hinausgehen wollte, nur durch seine Jurisdiction denjenigen factischen Zustand verwirklichen, welcher bei wirklichem Erbrecht hätte stattfinden müssen[2]; daher die von ihm gewährte rechtliche Stellung

---

* Der Hauptschriftsteller über die bonorum possessio ist Leist, welcher diese Lehre in zwei Werken behandelt hat: 1) die Bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwickelung und heutige Geltung. 2 Bde. 1844. 1848. 2) Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Serie der Bücher 37 u. 38, Bd. 1—3. 1870—1875. Ueber Bd. 1 vgl. Hartmann kr. VJSchr. XIII S. 531 fg. S. ferner: v. Löhr Magazin für RW. u. Gesetzg. III S. 216—353 (1818. 1819). IV S. 149—158 (1820). S. 403—471 (1844). Fabricius Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum (1837). Huschke Jahrb. f. deutsche RW. Jahrg. 1839 S. 1—34. S. J. Hingst Commentatio de bonorum possessione (1838). Vering S. 557—563. Köppen S. 22 fg. 282 fg. Schirmer § 7. Vangerow II § 398—400. Brinz 2. Aufl. III § 359—362.

§ 532. [1] Gai. III, 32. „Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest". Ulp. XXVIII, 12, § 2 I. 3, 9.

[2] Der vom Prätor Berufene „loco heredis constituitur" (Gai. III, 32 Ulp. XXVIII, 12, § 2 I. cit.), er ist „velut heres" (l. 1 D. 5, 5), der Prätor behandelt ihn in allen Stücken, als wenn er der wirkliche Erbe wäre. L. 117 D. 50, 17. „Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet". L. 2 D. 37, 1. „In omnibus . . vice heredum bonorum possessores

bonorum possessio heißt, im Gegensatz zur hereditas als dem vom Civilrecht verliehenen Erbrecht[3, 4]. — Der römische Prätor hat sich aber nicht darauf beschränkt, bonorum possessio denjenigen Personen anzubieten, welche ein wirkliches Erbrecht nicht hatten; er hat in die Ordnung seiner bonorum possessio auch die vom Civilrecht Berufenen aufgenommen[5], so daß diese Ordnung zugleich in unmittelbar erkennbarer Weise die Stellung bezeichnete, welche er den von ihm zur Erbschaft Berufenen den Civilerben gegenüber einräumen wollte[6].

---

habentur". Deßwegen hat der prätorische Erbfolger die Erbschaftssachen in bonitarischem Eigenthum (Gai III, 80), und die Erbschaftsklagen werden ihm und gegen ihn als actiones ficticiae gegeben (Gai. IV, 34, Ulp. XXVIII, 12). Hereditatis petitio possessoria, Dig. 5, 5; daneben ein besonderes Rmittel zur Verschaffung des (körperlichen) Nachlasses, das interdictum quorum bonorum, Gai. IV, 114, § 3 I. 4, 15. S. auch l. 1. l. 3 pr. § 1. 2 D. 37, 1.

[3] Im weiteren Sinne umfaßt hereditas auch die bonorum possessio. L. 138 D. 50, 17. „Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur". L. 1 C. 6, 14, l. 23 § 5 D. 21, 1. „Hereditas honoraria": l. 1 C. 5, 9.

[4] In Betreff der Geschichte der bonorum possessio stehen sich zwei Hauptansichten entgegen. Nach der einen hat der römische Prätor in der Ertheilung der bonorum possessio von vorn herein den Zweck der Ergänzung und Abänderung der Erbfolge des ius civile verfolgt (so namentlich, mit Abweichung im Einzelnen, Savigny ZS. für gesch. RW. V S. 14 fg., Schirmer, Huschke, Köppen); nach der andern ist die bonorum possessio erst in allmäliger Entwickelung eine neue Ordnung der Erbfolge geworden, während der ursprüngliche Zweck der Ertheilung der bonorum possessio ein ganz anderer war: — Regulirung des Besitzstandes beim Erbschaftsstreite (so namentlich Fabricius, Hingst, Vangerow, mit einer besonderen Wendung Brinz); Ausstattung des Civilerben mit einem Mittel der schleunigen Erlangung des Nachlaßbesitzes (v. Löhr); Ermöglichung des Nachrückens unter den Civilerben in ihrem eigenen Interesse wie im Interesse der Erbschaftsgläubiger (Leist). S. die Ueberſicht bei Schirmer S. 88 fg., Vangerow § 398, Danz Gesch. des r. R. 2. Aufl. II S. 141—152. Mir erscheint die erste dieser Ansichten als diejenige, welche am Meisten für sich hat; was freilich hier nicht näher ausgeführt werden kann.

[5] Gai. III, 34, Coll. XVI, 3 c. 5, § 1 I. 3, 9. Gai. l. c.: — „quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est 'quorum bonorum', uti possit; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili".

[6] Machte der in der Ordnung der bonorum possessio vorangehende Civilerbe von der bonorum possessio keinen Gebrauch, so rückte sie nun zwar auf den nachfolgenden prätorischen Erben weiter, gewährte aber gegenüber der Berufung auf das Civilr. die Erbschaft nicht wirklich; sie war bonorum possessio sine re. Gai. III, 35—38. II, 119. 148—149, Ulp. XXVIII, 13. Machte der in der Ordnung der bonorum possessio einem prätorischen Erben

Im Justinianischen Recht ist die Bedeutung der bonorum possessio ungemein abgeschwächt. Durch die Gesetzgebung der Kaiserzeit haben die meisten derjenigen Personen, welche früher nur auf dem Wege der bonorum possessio zur Erbfolge gelangen konnten, civilrechtliches Erbrecht erhalten, und in den wenigen noch übrigen Fällen der bonorum possessio[7] zeigt sich der Gegensatz zwischen ihr und der hereditas nicht mehr wirksam in einer Verschiedenheit der rechtlichen Stellung des heres und des bonorum possessor, welche Verschiedenheit auch früher nur eine formale gewesen und mit dem Gegensatz zwischen dem Civilrecht und dem prätorischen Recht überhaupt längst zur Antiquität geworden war[8], sondern nur noch in der Besonderheit der Vorschriften über den Erwerb der bonorum possessio[9]. Was das heutige Recht angeht, so ist es nicht zu kühn zu behaupten, daß auch diese letztere Besonderheit die praktische Geltung verloren habe[10].

Von der hier bezeichneten Art der bonorum possessio ist eine andere Art derselben wohl zu unterscheiden. Die Quellen reden nämlich von bonorum possessio auch in solchen Fällen, in denen es sich nur um eine provisorische Besitzeinweisung handelt, bei welcher die wirkliche Erbberechtigung noch in Frage bleibt[11]. Diese provisorischen Besitzeinweisungen bilden unbestritten einen Bestandtheil auch des heute geltenden Rechts.

[Das BGB. kennt diese Besitzeinweisungen römischen Stils nicht mehr.]

---

gleichstehende Civilerbe von der bonorum possessio keinen Gebrauch, so war für den prätorischen Erben die bonorum possessio theilweise sine re, theilweise cum re. L. 14 pr. D. 37, 4, l. 15 § 2 D. 37, 5, l. 10 D. 37, 6. Doch ist das hier über das Verhältniß von hereditas und bonorum possessio Gesagte nicht unbestritten (Fabricius S. 106 fg., 208 fg., Vangerow § 399). Vgl. Leist Bonorum possessio I S. 225 fg. II. 1 S. 259 fg. Pandektencommentar I S. 343 fg. II S. 93 fg., Schirmer S. 77–79.

[7] S. § 563 [5] fg. [9]. § 565 [7], § 570 [2].

[8] Vgl. noch Schirmer § 7 [16–17].

[9] S. § 596 [8], § 598 [1].

[10] S. § 596 [9], § 598 [2].

[11] So z. B. wenn der berufene Erbe noch ungeboren ist, oder wenn ihm sein Erbr. auf Grund der Bestreitung seiner Kindschaft bestritten wird und er noch nicht mannbar ist. In diesen Fällen wird aber in den Quellen statt von bonorum possessio auch von missio in possessionem gesprochen. S. Kapitel IV. — Die bonorum possessio wurde in diesen Fällen durch ein besonderes Decret des Prätors ertheilt (b. p. decretalis), sie konnte nicht auf Grund des Edicts einfach angenommen werden (b. p. edictalis). Vgl. l. 1 § 7 D. 38, 9, l. 1 § 4 D. 38, 6. Die b. p. decretalis beschränkte sich übrigens nicht

VII. Das Vermächtniß.

§ 533.

Die Nothwendigkeit einer Gesammtnachfolge in das Vermögen des Verstorbenen schließt die Möglichkeit einer dieselbe begleitenden Sondernachfolge nicht aus. Es können vielmehr der Gesammtheit des Vermögens durch die Verfügung des Erblassers einzelne Bestandtheile entzogen und einem Andern als dem Erben zugewiesen werden[1]. Die Bezeichnung für eine solche Verfügung, so wie für das durch sie Zugewendete, ist **Vermächtniß**. Das Vermächtniß hat sich bei den Römern in zwei verschiedenen Formen entwickelt; der Unterschied zwischen denselben ist von Justinian aufgehoben worden[2, 3]. [Das Vermächtniß kann übrigens auch eine Gesammtnachfolge vermitteln (Erbschaftsvermächtniß [§§ 662 fg.]) Die Gesammtnachfolge ist aber hier nicht, wie bei der Erbeseinsetzung, eine unmittelbare, sondern eine durch eine andere Person vermittelte (§ 666).]

[Das **BGB.** kennt das Vermächtniß (1939. 1941. 2147 fg.) als einen auf dem Wege einer Verpflichtung des Erben (oder gewisser anderer Belasteter) einem Dritten zugewandten Vermögensvortheil (1939. 2174). Statt des Erbschaftsvermächtnisses tritt im BGB. ein die Nacherbfolge. Hier wird Jemand Erbe, nachdem ein Anderer es gewesen ist (2100. 2139), aber er empfängt nicht, wie bei dem gemeinrechtlichen Erbschaftsvermächtniß, die Erbschaft durch eine Restitutionserklärung jenes Andern, sondern wird bei Eintritt des Falles, auf den er eingesetzt ist, von selbst Erbe (2139).]

Anordnung des Folgenden.

§ 534.

Die Anordnung des Folgenden ist eine sehr einfache. Es wird zuerst von der Erbschaft gehandelt werden, dann von dem Ver-

---

auf diese Fälle, s. z. B. l. 4 D. 37, 8. Ueber den Gegensatz zwischen b. p. edictalis und decretalis überhaupt s. Schirmer S. 81 fg. und die das. Citirten, Leist Bonorum possessio II. 1. S. 309 fg. II. 2 S. 345 fg. Pandektencommentar II S. 264 fg.

[1] Auch hier (vgl. § 528 [5]) bewährt sich der Satz, daß das „Vermögen als Ganzes“ und „das ganze Vermögen“ verschiedene Begriffe sind. § 533.

[2] Die Bezeichnung für diese beiden Formen sind legatum und fideicommissum. Das Nähere s. in Kapitel V. Daselbst auch (§ 623) die genauere Bestimmung des Begriffes Vermächtniß.

[3] Vereinzelt kommt es auch vor, daß nach gesetzlicher Bestimmung dem Erben irgend Etwas zu Gunsten einer andern Person entzogen wird; man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Vermächtniß. S. § 570 [8], § 572 [9], § 584 [2].

mächtniß. Die Lehre von der Erbschaft hat es mit den beiden Fragen zu thun: 1. Wie wird Jemand Erbe? 2. Welches ist die rechtliche Stellung des Erbe Gewordenen? Das Erbewerden setzt voraus: a) Berufung, b) Erwerb. Diese verschiedenen Punkte werden in ebenso vielen Kapiteln behandelt werden, ohne daß die Unterordnung des einen unter den andern in der äußeren Anordnung zum Ausdruck gebracht würde. In einem letzten Kapitel sind dann noch einige Nebenpunkte zu erörtern.

Zweites Kapitel.

Von der Berufung zur Erbschaft.

I. Von der Berufung im Allgemeinen.

A. Voraussetzungen der Berufung.

§ 535.

Die Berufung zur Erbschaft[1] setzt voraus: 1) in der Person des Erblassers Tod[2]; 2) in der Person des zu Berufenden:

a) Existenz zur Zeit des Todes des Erblassers, und wenn der Berufungsfall nach dem Tode des Erblassers eintritt[3], Existenz zur Zeit des Eintritts des Berufungsfalles; b) Erbfähigkeit.

---

§ 535. [1] Unter Berufung wird hier verstanden wirksame Berufung. S. § 529 [7 a. E.].

[2] L. 1 D. 18, 4, l. 27 D. 29, 2. Ueber den Zeitpunkt des Todes eines Verschollenen s. I § 53 [1]. Beerbung des in ein vermögensunfähiges Kloster Tretenden? Vgl. Hellmann das gemeine Erbr. der Religiösen (München 1874) S. 80 fg., Singer die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im Commercium mortis causa nach gem. und österr. R. (Innsbruck 1880) S. 5. 26 fg. — Vermögenslosigkeit des Verstorbenen schließt die Erbschaftsberufung an und für sich nicht aus, macht sie nur gegenstandslos: wohl dagegen wird die Erbschaftsberufung ausgeschlossen durch Vermögensunfähigkeit des Verstorbenen, d. h. juristisch nothwendige Vermögenslosigkeit. Aus diesem Grunde können aber nach heutigem R. nur noch Klosterpersonen nicht beerbt werden, c. 7 C. 19 quae. 3, c. 2 X. 3, 26, vgl. c. 2. 6 X. 3, 35. Vgl. die zuvor citirten Schriften von Hellmann und Singer, Roth bayr. Civilr. III S. 200 fg. 221 fg. Kinder unter väterlicher Gewalt sind bereits nach Justinianischem R. nicht mehr vermögensunfähig, und werden daher beerbt, nur in Betreff des adventicischen Erwerbes nicht aus Berufung durch eigenen Willen. S. § 516. 517.

[3] Dieß ist der Fall: a) bei der Berufung auf Grund des Willens des Erblassers, wenn die Erbeseinsetzung eine bedingte ist (wohin auch der Fall der Einsetzung eines künftig zu Erzeugenden gehört, [5]), und die Bedingung der Einsetzung zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht eingetreten ist (§ 554 [1]); b) bei der gesetzlichen Berufung, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein

1. Existenz zu den bezeichneten Zeitpunkten. Es genügt Existenz im Mutterleibe, in dem Sinne daß die Berufung des Concipirten bis zu seiner Geburt aufgeschoben wird[4]. Wer dagegen zur Zeit des Todes des Erblassers nicht wenigstens im Mutterleibe existent war, wird nicht berufen[4a], auch wenn er zur Zeit des Berufungsfalles existent ist[5]. Ebenso wird nicht berufen, wer zur Zeit des Berufungsfalles nicht mehr existent ist, auch wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers existent war[6].

[1. Auch nach dem BGB. kann nur Derjenige Erbe werden, der zur Zeit des Todes des Erblassers lebt, d. h. wenigstens im Mutterleibe (1923). Es kann also weder Erbe werden, wer vor dem Tode des Erblassers verstorben ist, noch, wer nach demselben erzeugt ist. Dagegen gilt der Satz zu [6] im BGB. nicht. Schlägt der Nächstberufene aus, oder wird er für erbunwürdig erklärt, so fällt die Erbschaft an Denjenigen, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende oder für erbunwürdig Erklärte zur Zeit des Todes des Erblassers nicht gelebt hätte, und dieser Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt (1953. 2344). Ist also der Nachberufene inzwischen verstorben., so gilt dennoch die Erbschaft als ihm angefallen und auf seine Erben übergegangen (s. jedoch 1952). Auch eine juristische Person muß, um Erbe werden zu können, zur Zeit des Todes des Erblassers bereits die Rechtsfähigkeit erlangt haben; nur eine vom Stifter zum Erben eingesetzte Stiftung kann ihn beerben, auch wenn ihre Genehmigung erst

---

nicht ungültiges Testament vorhanden ist, welches später ungültig oder unwirksam wird (§ 569 [1]), oder ein zunächst berufener Intestaterbe, welcher die Erbschaft nicht erwirbt (§ 573).

[4] S. I § 52 [3. 4], l. 10 D. 37, 9, l. 3 D. 37, 11. Mit anderen Worten: es genügt Geburt binnen 10 Monaten nach dem Tode des Erblassers. S. I § 56 b [3].

[4a] L. 1 § 8 D. 38, 8.

[5] L. 6 pr. i. f. D. 28, 3, l. 6. 7. 8. pr. D. 38, 16, § 8 I. 3, 1. A. M. in Betreff der testamentarischen Berufung, in dem Sinne, daß auch ein nach dem Tode des Erblassers zu Erzeugender gültig soll zum Erben eingesetzt werden können, Mayer Erbr. I § 16 [7], Dernburg III § 59 zu [6 fg.], s. auch die Citate bei Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 414 [9] und vgl. Scherer Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 423 fg,; in Betreff der Intestaterbfolge nach Nov. 118: Glück Intestaterbfolge S. 583 fg., Löbenstern ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 215 fg., Schirmer § 10 [157 a. E.] § 15 [41], Dernburg III § 135 zu [2. 3], [Ollmann über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht concipirten Person. Greifsw. Diss. 1896 (nach gemeinrlichem Gerichtsgebrauche).] Sf. VIII. 63, XXV. 246. [Ollmann S. 26 fg.] S. dagegen Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 406—423. Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 2—17, Arndts RLex. IV S. 680 und in der Forts. von Glück XLVI S. 407, Köppen System § 5 [4. 38], Lehrbuch S. 68 [1], Vangerow II § 411. § 429 [3] (S. 84), Sintenis III § 162 [6], Arndts § 471 [1], Bl. f. RAnw. XLIX S. 194 fg.; auch Schirmer § 4 [2]. Sf. IX. 309. S. auch § 571 [1 zweite Hälfte].

[6] S. § 554 [1], § 557 [2].

nach dem Tode des Erblassers erfolgt (84, vgl. 2101 Abs. 2). Der bedingt Eingesetzte (vgl. [6]) gehört vom Standpunkte des BGB. aus nicht hierher, da er nur Nacherbe wird (2105).

2. Nacherbe kann werden, wer zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge existirt (2108 Abs. 1. 1923. 2101; vgl. 2106 Abs. 2). Hat jedoch die Nacherbeseinsetzung den Charakter einer nur befristeten Verfügung (wie in dem Normalfalle der Einsetzung auf den Fall des Todes des Vorerben (2106 Abs. 1), so geht das Recht des Nacherben im Zweifel auf seine Erben über, wenn er zwischen dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers und dem Nacherbfalle stirbt; ist dagegen der Nacherbe bedingt eingesetzt, so muß er im Zweifel den Eintritt der Bedingung erleben (2108 Abs. 2. 2074).]

2. Erbfähigkeit[7]. Für physische Personen bildet die Erbfähigkeit die Regel; die Bestimmungen, durch welche das römische Recht einzelnen Klassen derselben die Erbfähigkeit ganz oder theilweise entzogen hat, sind heutzutage entweder anerkanntermaßen nicht mehr anwendbar[8] oder nicht anerkanntermaßen anwendbar, und jedenfalls nicht weitgreifend[9. 10] Was die juristischen Personen angeht, so hat

[7] Schirmer § 4, Köppen System § 5, Lehrbuch § 3 Nr. II, Bering S. 249 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 117 fg., Sintenis III § 160, Vangerow II § 404, Brinz § 177. [Müller über erbliche Bedenkfähigkeit und erbliche Erwerbfähigkeit. Gött. Diss. 1892.]

[8] Hierher gehört die Erbunfähigkeit der Sclaven und der Peregrinen, auch derjenigen die es zur Strafe geworden sind (l. 6 § 2 D. 28, 5, l. 1 C. 6, 24; l. 13 D. 37, 1, l. 25 § 3 D. 29, 2, l. 3 pr. § 1 D. 34, 8); ferner die Erbunfähigkeit der Ketzer und der Apostaten (l. 4. 5. 19 C. 1, 5, l. 3. 4 C. 1, 7, Auth. Frid. II *Credentes* C. 1, 5). S. I § 55 und vgl. Schirmer S. 33—36.

[9] Es gehören hierher folgende Bestimmungen. a) Wittwen, welche das Trauerjahr verletzen, sollen aus Testament Niemanden, nach Gesetz nur die Verwandten bis zum dritten Grade beerben können. L. 1 C. 5, 9, Nov. 22 c. 22, Nov. 39 c. 2. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist sehr zweifelhaft. S. § 512 [3. 4]. b) Die gleiche Unfähigkeit soll die Mutter treffen, welche als Vormünderin ihrer Kinder zur zweiten Ehe schreitet, ohne für dieselben einen Vormund erbeten und diesem nach abgelegter Rechnung das Vermögen der Kinder herausgegeben zu haben Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2. Auch von dieser Bestimmung wird vielfach Unanwendbarkeit im heutigen R. behauptet, Schirmer a. a. O. [34], Köppen System [34 a. E.], Lehrbuch S. 63; dagegen z. B. Vangerow I § 227 Anm. 1 a. E., v. Löhr Mag. für RW. und Gesetzgebung III S. 523, Strippelmann Entscheidungen rc. V S. 218 fg. c) Wer es ein Jahr lang versäumt, einem Unmündigen einen Vormund zu erbitten, soll, wenn der Unmündige vor erreichter Mündigkeit stirbt, ihn weder gesetzlich noch aus einer Pupillarsubstitution beerben können. S. II § 433 [38], wo bereits bemerkt ist, daß die heutige Anwendbarkeit auch dieser Bestimmung nicht unbestritten ist. Jedenfalls wird der Fall derselben heutzutage bei dem gesteigerten Eingreifen der Obervormundschaftsbehörde kaum noch vorkommen. Köppen System S. 305, Lehrbuch S. 63. d) Die Söhne von Hochverräthern sollen ganz erbunfähig sein, Töchter von Hochverräthern nur aus der mütterlichen Erbschaft den Pflichttheil

das römische Recht die Erbfähigkeit beigelegt[10a] dem Fiscus[11], den Gemeinden[12], den Kirchen und kirchlichen Instituten[13], den Stiftungen[14]; nicht dagegen den übrigen Corporationen, welche Erb-

(vgl. Fitting ZS. f. RG. IX S. 433) erhalten. L. 5 C. 9, 8. Diese Bestimmung ist als Strafe des Hochverraths gedacht und daher nach der II § 326 [4] vertretenen Ansicht heutzutage unanwendbar: StGB. § 80 fg. Auch schon vor dem RStGB. wurde von den Meisten Unanwendbarkeit behauptet. Vgl. Mühlenbruch S. 246, Schirmer Note [28], Köppen System Note [8. 33], Sintenis Anm. [1], Vangerow Nr. 4, Holzschuher II § 133 [4a]. e) Aus gleichem Grunde, wie die unter d) genannte Bestimmung, ist heutzutage unanwendbar die Bestimmung, daß Personen, welche in blutschänderischer Verbindung leben, weder von einander, noch von den aus dieser Verbindung erzeugten Kindern, noch von denjenigen ihrer rechtmäßigen Verwandten, welche zur Verbindung gerathen haben, beerbt werden können. L. 6 C. 5, 5. S. StGB. § 173. Ueber die Frage, ob diese Bestimmung nicht schon vorher durch Nov. 12 abgeschafft gewesen sei, s. Wächter ACPra. XVII S. 434 fg., Mühlenbruch XXXIX S. 339 fg., Vangerow Nr. 4, Köppen System § 5 [37], Brinz 2. Aufl. III § 383 [26], und die Bemerkungen in den früheren Ausgaben (vor der fünften) dieses Lehrbuchs.

[10] Außer den im Vorstehenden genannten Fällen der Erbunfähigkeit gibt es noch einige Fälle partieller Erbunfähigkeit von ganz besonderer Art. Da diese sich aber ausschließlich auf die Beerbung aus letztem Willen beziehen, so wird von denselben passender erst in der Lehre von der letztwilligen Berufung gehandelt S. § 550.

[10a] Der Ausgangspunkt des r. R. war, daß juristische Personen erbunfähig seien. Noch Ulpian sagt (Fragm. XXII, 5): „Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant". Plinius epist. V, 7. „Nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat". Vgl. hierzu und zum Folgenden Brinz 1. Aufl. S. 1084 fg.

[11] Die Erbfähigkeit des Fiscus wird in den Quellen als selbstverständlich vorausgesetzt. Vgl. Schirmer § 4 [10].

[12] L. 12 C. 6, 24. Vgl. Ulp. XXII, 5, l. 66 § 7 D. 31, l. 6 § 4 D. 36, 1, l. 1 § 1 D. 38, 3; l. 27 [26] D. 36, 1. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 423 fg., Schirmer § 4 [11]. In Betreff der geschichtlichen Entwickelung vgl. noch Binding ZS. f. RGesch. VIII S. 293 fg., Brinz 2. Aufl. III S. 54. 535, Pernice Labeo I S. 283 fg. [Lécrivain de la capacité des villes en matière d'héritage et de legs sous l'empire romain: Nouv. Revue histor. de droit fr. et étr. XV p. 677 suiv. 1891.]

[13] L. 1 C. 1, 2, Nov. 131 c. 9 (wo die restituirte l. 26 C. 1, 2 ihrem wesentlichen Inhalte nach wiederholt wird). — Vgl. Ulp. XXII, 6. „Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibusve principum instituere concessum est." Mühlenbruch a. a. O. S. 442 fg., Schirmer § 4 [8]. — Erbfähigkeit eines bischöflichen Ordinariats? Sf. XXII. 246 (Bl. für RAnw. XXII S. 280 fg.). Ueber die Erbfähigkeit der Domcapitel s. Bl. für RAnw. XXXII S. 327 fg. 337 fg.

[14] L. 28 C. 1, 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 448 fg. Schirmer § 4 [9]. Ueber die Frage, ob durch Erbeseinsetzung eine noch nicht bestehende Stiftung begründet werden könne, s. § 549, 2.

fähigkeit erst durch ein besonderes Privilegium erlangen müssen[15], und der ruhenden Erbschaft[16].

Die Erbfähigkeit muß bei der gesetzlichen Berufung vorhanden sein zur Zeit des Eintritts des Berufungsfalles[17], und von da an ununterbrochen bis zum Erwerbe der Erbschaft[18]; was die Berufung durch den Willen des Erblassers angeht, s. § 549. 550.

[Nach BGB. gibt es erbunfähige Menschen nicht. Juristische Personen sind ebenfalls erbfähig, weil sie rechtsfähig sind und hieraus in Ermangelung einer besonderen Einschränkung auch die Erbfähigkeit folgt. Bestimmungen wie BGB. 2101 Abs. 2. 2105 Abs. 2. 2109 Abs. 2 zeigen auch, daß das BGB. die Erbfähigkeit der juristischen Personen voraussetzt. — Vgl. übrigens EG. 86. 87 Abs. 2. 3.]

B. Wirkung der Berufung.

§ 536.

Die regelmäßige Wirkung der Erbschaftsberufung ist, daß sie den Berufenen in die rechtliche Möglichkeit versetzt, durch seine Willenserklärung sich zum Erben zu machen[1]; ausnahmsweise macht

---

[15] L. 8 C. 6, 24. „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est". Ueber und gegen die Behauptung, daß Justinian durch die s. g. constitutio de incertis personis (stückweise restituirt als l. un. C. 6, 48) jeder erlaubten Corporation Erbfähigkeit beigelegt habe, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 434 fg., Heimbach ZS. für CR. u. Proz. N. F. V S. 69 fg., Vangerow II § 429 Anm. 3 (S. 85), Köppen § 5 [50]. In früherer Zeit war die Ansicht, daß jede staatlich anerkannte Corporation Erbfähigkeit besitze, in Doctrin und Praxis durchaus vorherrschend. S. Mühlenbruch XXXIX S. 442. XL S. 66 [10], Beseler § 65 (3. Aufl. § 66) [2], Schirmer § 4 [10]. Dagegen Sintenis I § 15 [46], Köppen System § 5 [40]. Lehrbuch S. 67 [1]. Eine Vermittelung sucht Arndts RLex. III S. 914 und Pand. § 471 [3]: die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, habe Doctrin und Praxis von jeher so sehr beherrscht, daß man in der Anerkennung einer Corporation durch die Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit zu finden berechtigt sei. Neuerdings Brinz 1. Aufl. S. 1090. 2. Aufl. III S. 54: kann eine Erbeseinsetzung für einen gemeinnützigen Zweck gemacht werden, so kann auch eine Corporation mit gemeinnützigem Zweck eingesetzt werden. Dernburg III § 57 [5]: die geschichtliche Entwickelung seit dem Mittelalter habe dahin geführt, daß juristische Personen ohne Weiteres erbfähig seien.

[16] S. § 531 [10 a. E.]. Ueber die Frage, ob die Einsetzung einer ruhenden Erbschaft als Einsetzung des künftigen Erben aufrecht zu erhalten sei, welche Frage m. E. nicht zu bejahen ist, s. einerseits Arndts RLex. IV S. 5 [28] und Pand. § 471 [3], andererseits Schirmer § 4 [16], Unger § 14 [7].

[17] S. § 569.

[18] L. 1 § 4 D. 38, 17, Paul. sentent. IV, 10 § 3.

sie den Berufenen sofort zum Erben[2]. Jene rechtliche Möglichkeit, welche man nicht unpassend Erbrecht nennen kann, obgleich sich diese Bezeichnung bei der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks als technische nicht empfiehlt[3], ist als höchst persönliches Recht im Princip weder vererblich, noch veräußerlich[4]. Doch hat das römische Recht dieses Princip nicht undurchbrochen durchgeführt. Hiervon wird aber zweckmäßiger in einem anderen Zusammenhang gehandelt[5].

[Im BGB. geht die angefallene Erbschaft, da der Berufene sofort Erbe wird,
(1942) auch auf seine Erben über.]

C. Gründe der Berufung.

§ 537.

Die Berufungsgründe sind, wie bereits § 529 angegeben worden ist: Verfügung des Erblassers, durch Testament oder Erbvertrag, und Gesetz. Auch das Verhältniß dieser Berufungsgründe zu

[1] L. 151 D. 50, 16. „Delata hereditas intellegitur, quam quis possit § 536.
adeundo consequi". Gai. II, 169: — „qui . . . . heres institutus est quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur".

[2] S. § 595.

[3] Weniger deßwegen, weil auch der Inbegriff der Rregeln über das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen Erbr. heißt (§ 527), sondern deßwegen, weil der Ausdruck Erbr. eine gleiche sprachliche Berechtigung, wie für die rliche Stellung des zu einer Erbschaft Berufenen, auch für die rliche Stellung desjenigen hat, welcher Erbe bereits wirklich geworden ist. In der That gebraucht der herrschende Sprachgebrauch den Ausdruck als technischen für die letztere rliche Stellung, während Brinz (1. Aufl. § 152 z. A., 2. Aufl. § 358 z. A.) ihn als technischen eben für die Befugniß, sich durch Willenserklärung zum Erben zu machen, anwendet. So früher auch Köppen (System S. 250 fg. Erbschaft S. 91 fg. Jahrb. f. Dogm. V S. 127 fg. 183 fg.), welcher jetzt (Lehrbuch S. 10. 11. 18) dem herrschenden Sprachgebrauch folgt und die rliche Möglichkeit, sich zum Erben zu machen, als „Erbberechtigung" bezeichnet. Vgl. noch Arndts S. 16—18, Unger § 2 [10. 14]. Was den Sprachgebrauch der Quellen angeht, so bezeichnet in § 2 I. 2, 2 ius hereditatis (wofür es in der im Uebrigen ganz entsprechenden l. 1 § 1 D. 1, 8 ius successionis heißt) nicht wie Köppen annimmt, das R. aus der Berufung, sondern das R. des Erben (s. namentlich Unger a. a. O. Note [11]), und der Ausdruck ius hereditarium kommt zur Bezeichnung dieses letzteren R. in den Quellen häufiger vor, s. § 605 [9]. Von der anderen Seite definirt allerdings Theophilus das ius hereditatis des Institutionenparagraphen als R. zum Erwerbe (was freilich Arndts und Unger leugnen), und in l. 20 § 4 D. 29, 2 kann mit „ius heredis" nur die Stellung des Berufenen bezeichnet sein.

[4] Köppen (Erbschaft 92 fg. Jahrb. f. Dogm. V. S. 127 fg. 183 fg. System S. 257 fg.) zählt das R. aus der Berufung zu den Familienrechten. Gegen diese Auffassung hat sich bereits Unger § 6 [1], wie mir scheint, mit Recht erklärt.

[5] S. § 600. 601.

einander ist an dem angeführten Orte bereits bezeichnet worden; die Berufung durch das Gesetz tritt (regelmäßig) erst ein in Ermangelung einer Verfügung des Erblassers. Hier ist noch hinzuzufügen, daß nach römischem Recht die Verfügung des Erblassers die gesetzliche Berufung durch ihr (rechtliches) Dasein ausschließt, nicht durch ihren Inhalt, daß sie nicht etwa, wenn sie in ihrem Inhalt beschränkt ist, der gesetzlichen Berufung Raum läßt, soweit sie nicht reicht: Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung[1]. Seine Hauptanwendung findet dieser Grundsatz in dem Falle, wo der Erblasser nur über einen Theil des Nachlasses verfügt hat, in welchem Fall die gesetzlichen Erben nichtsdestoweniger auch für den übrigen Theil ausgeschlossen sind[2]; in gleicher Weise aber macht

---

§ 537. [1] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1814), Huschke Rhein. Museum VI S. 257 fg. (1834), Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XXXVIII S. 337 fg. XL S. 142 fg XLII S. 82 fg. (1835. 1838. 1841), Dworzak Haimerl's österr. VJS. VIII S. 8 fg. (1861), Bering S. 437 fg., Schirmer S. 52 fg., Köppen System S. 13. 273 fg. Lehrbuch S. 87 fg., Vangerow II § 397 Anm., Sintenis III § 172[9]. Fernere Literatur u. A. bei Vangerow und Schirmer.

[2] § 5 I. 2, 14: — „neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest“. L. 7 D. 50, 17: „Ius nostrum non patitur, eundem in paganis (s. Note [4]) et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturalis inter se pugna est“. Ueber den Grund dieses Satzes ist unendlich viel verhandelt und gestritten worden; s. die Uebersichten bei Mühlenbruch XXXVIII S. 145 fg., Huschke S. 259 fg., Schirmer Note [49], neuestens Hölder Beiträge zur Geschichte des röm. Erbr. S. 153 fg. (1881), Hofmann kr. Studien im r. R. S. 106 fg. (1885). Ein nahe liegender Gedanke ist, daß dieser Satz seinen Grund habe in einer wörtlichen Auslegung der 12 Tafeln, welche die Intestaterben beriefen: si intestato moritur“ (Ulp. XXVI, 1); wer testirt hatte, wenn auch nur über einen Theil des Nachlasses, war eben nicht intestatus, so daß also die „naturalis pugna“ nicht von einem sachlichen Widerstreben, sondern von einem logischen Widerspruch zu verstehen wäre. So wirklich Thibaut a. a. O., Jhering Geist des r. R. II S. 482 fg., Brinz 1. Aufl. S. 771. 2. Aufl. III S. 75, Mommsen Erörterungen I S. 70, Schmidt form. R. der Notherben S. 1[8]. Auch ich glaube, daß diese Auslegung mitgewirkt hat; aber der eigentliche Grund kann sie deßwegen nicht gewesen sein, weil die Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung sich in gleicher Weise gegenüber einem früheren Testament, wie gegenüber der Intestatberufung geltend macht (§ 565). Eine andere sehr beliebte Erklärung, welche freilich in sehr verschiedenen Ausbildungen vorgetragen wird (Huschke, Mühlenbruch, Bering, Dworzak, Schirmer) ist hergenommen von der Einheit des Nachlasses, obgleich diese Einheit offenbar nur Auseinanderreißen in einzelne Bestandtheile, nicht aber Quotentheilung ausschließt. Hofmann a. a. O. sucht die Erklärung in der Idee der „Repräsentation“ des Erblassers, indem er zugleich hervorhebt, daß der Grund der Gültigkeit der Einsetzung auf einen Theil der favor testamenti, d. h. die Begünstigung der testamentarischen Erbfolge, sei.

der bezeichnete Grundsatz die Erbfolge der gesetzlichen Erben auch in dem Falle unmöglich, wo der Erblasser seine Verfügung durch eine Bedingung oder Befristung beschränkt hat [3]. Die Ausnahme, welche das römische Recht von diesem Grundsatz für Soldatentestamente macht [4], gilt heutzutage in Deutschland nicht mehr [4a]. Es kann aber in Folge Eingriffs des Rechts selbst sehr wohl geschehen, daß Jemand zugleich aus Gesetz und letztem Willen beerbt wird [5]. Und eine andere Frage ist es, ob nicht der wirkliche Wille des Erblassers dadurch indirect zum Vollzug gebracht werden kann, daß dem eingesetzten Erben die Verpflichtung auferlegt wird, die Erb-

---

Vgl. § 552 [1]. Praktische Erwägungen machen geltend Rudorff zu Puchta Vorl. § 448 [4], Ihering Geist des r. R. III S. 140 fg., Köppen a. a. O., Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 88, 1, Hölder a. a. O. S. 162.

[3] Bei einer Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung werden die gesetzlichen Erben auch nicht vor Eintritt der Bedingung oder des Termins, bei einer Erbeseinsetzung unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung auch nicht nach Eintritt der Bedingung oder des Termins zugelassen. S. § 554 [1. 18], § 555. Vgl. l. 57 [56] D. 28, 5, l. 41 pr. D. 29, 1 (Hofmann a. a. O. S. 126). Uebrigens ist zu bemerken, daß diese Sätze zu ihrer Erklärung jenes Grundsatzes nicht bedürfen, sie erklären sich auch aus einem andern Grundsatz des r. R., dem Grundsatz, daß eine einmal eingetretene Erbenqualität nicht wieder aufhören kann (§ 554 [18]). Es ist auch ohne Zweifel natürlicher, die Unwirksamkeit der auflösenden Bedingung und Befristung aus diesem letzten Grnndsatz herzuleiten, wie denn hier die Unwirksamkeit auch dann eintritt, wenn für die Zeit nachher ein anderer Erbe durch den Erblasser selbst berufen ist; für die aufschiebende Bedingung und Befristung dagegen möchte das Gegentheil zutreffend sein. Vgl. § 554 [1], § 555 [1].

[4] S. § 552 [9], § 553 [14], § 554 [20], § 555 [2]. Die Anwendbarkeit der Regel auf das Testament eines Haussohns über sein peculium castrense oder quasi castrense untersucht die Diss. von L. Moses, Breslau 1888.

[4a] Sie ist beseitigt durch das Reichs-Militärgesetz vom 2./5 1874 § 44. Daselbst ist bestimmt, daß die Vorre der Militärpersonen in Betreff ihrer letztwilligen Anordnungen „allein" in der durch den § zugelassenen privilegirten Form bestehen sollen. Ein Antrag auf Streichung dieser Bestimmung wurde vom Reichstag verworfen. Stenographische Berichte 1874 I. Session Bd. II S. 881 fg. Vgl. Mandry S. 584 (3. Aufl. S. 530).

[5] So wenn ein ausgeschlossener Notherbe gegen einen der eingesetzten Erben mit der Anfechtungsklage durchdringt, gegen den andern nicht. L. 15 § 2 D. 5, 2: — „credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri". Vgl. namentlich Schirmer S. 55—62 und § 584 [20 fg.]. Ein interessanter hierher gehöriger Fall bei Seuffert ACPra. III S. 219 fg. — Daher ist die Fassung der Regel bei Cic. de inventione II. 21 („Unius . . pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset") zu allgemein.

schaft, soweit er nicht eingesetzt ist, den gesetzlichen Erben herauszugeben [6].

So das römische Recht, dessen gemeinrechtliche Geltung mit Unrecht bestritten wird [7]. Nicht das Gleiche aber, wie für das römische Testament, gilt für den heutigen Erbvertrag. Durch Erbvertrag wird vielmehr die gesetzliche Berufung nur soweit ausgeschlossen, als der Wille des Erblassers reicht [8].

[Nach BGB. gilt der hier fragliche römische Satz auch für das Testament nicht mehr (2088); auch das in und zu [8] Gesagte erkennt das BGB. nicht an. (2104. 2105).]

II. Von der Berufung durch Testament*.

A. Begriff des Testamentes.

§ 538.

Testament [1] ist diejenige letztwillige Verfügung [2], in welcher die Ernennung eines Erben enthalten ist [3]. Das Testament kann außer

[6] S. darüber § 552 [3] fg., § 553 [6] fg.

[7] So von Mühlenbruch XXXVIII S. 79 fg. und den das. Citirten. Mühlenbruch selbst freilich nimmt seine Behauptung das. S. 345 zurück. In der That läßt sich ein abänderndes Gewohnheitsr. nicht nachweisen. Köppen System S. 289 [54], Schirmer S. 63 [37], Sintenis III § 172 [9], Hartmann Erbverträge S. 63 [1]. Nur ist für das heutige R. die Frage, ob in der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft, und nicht vielmehr bloß die Anordnung eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten, als sie nach r. Re beantwortet werden durfte. Vgl. § 546 [8], § 552 [8], § 553. Dernburg III § 97 [10], § 86 [9] sieht in der Erbeseinsetzung auf einen Theil eine stillschweigende Erbeseinsetzung der Intestaterben auf den anderen Theil und hält diese für gültig.

[8] So die gemeine Meinung. Köppen System S. 289 [54], Beseler § 143 (3. Aufl. § 138) Nr. VI, Gerber § 258 a. E. [§ 306 [5]], Stobbe V § 311 Nr. VI. RG. XI S. 217, A. M. Hartmann Erbverträge S. 63 fg.; gegen denselben Arndts in Haimerl's österr. VJS. VIII S. 278 fg.

* Von der testamentarischen Berufung im Besonderen (vgl. § 527 *) handeln: Roßhirt testamentarisches Erbr. bei den Römern. 2. Abth. 1840. Heimbach im RLex. X S. 713—1049 (1856).

§ 538. [1] Testamentum ist dem Wortsinne nach das Resultat des testari, d. h. der Anrufung der bei der Errichtung des letzten Willens zugezogenen Zeugen. Gai. II, 104, Ulp. XX, 9. Eine etymologische Spielerei in pr. I. 2, 10. „Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est". Vgl. Gell. N. A. VI, 12.

[2] Letztwillig im eigentlichen Sinne des Wortes, insofern das Testament nur dann zu R. besteht, wenn es wirklich den Ausdruck des letzten Willens des Erblassers enthält, so daß durch die Errichtung eines neuen Testamentes das

der Erbeseinsetzung noch andere Anordnungen des Erblassers enthalten, über Vermächtnisse, Vormundschaften, Erziehung der Kinder, Art und Weise des Begräbnisses ꝛc.[4]; aber Anordnungen dieser Art sind dem Testamente nicht wesentlich, während ihm die Erbeseinsetzung in der Weise wesentlich ist, daß ohne Erbeseinsetzung kein Testament vorhanden ist, und bei Ungültigkeit der Erbeseinsetzung keine andere Anordnung des Testaments zu Recht besteht[5]. Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Erbe nicht ernannt wird, heißt Codicill[6].

[Das BGB. gebraucht den Ausdruck Testament für jede letztwillige Verfügung, d. h. einseitige Verfügung von Todeswegen (1937 fg.).]

B. Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes*.

§ 539.

Unfähig zur Errichtung eines Testamentes[1] ist:

1) der Willensunfähige oder eines vernünftigen Willens Unfähige, also namentlich[2] der Wahnsinnige[3] und der Unerwachsene — bei Letzterem bildet die Grenze das Alter der Geschlechtsreife[4].

---

frühere ohne Weiteres hinfällig wird. Ungenau wird auch wohl der Erbvertrag, der durch einen späteren Willensentschluß nicht wieder aufgehoben werden kann, eine letztwillige Verfügung genannt. Vgl. l. 19 C. 6, 23: — „cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobatur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur“.

[3] L. 20 D. 29, 7. — Iulianus ait, tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, ut magis codicilli quam testamentum existimandae sint“. L. 14 C. 6, 23. „Non codicillum sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter“. Daher ist die Definition in l. 1 D. 28, 1 (Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit“) ungenau.

[4] Nach r. R. Freilassungen. Vgl. § 678.

[5] L. 20 D. 29, 7 ([3]). § 34. I. 2, 20: — „testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio“. Gai. II, 229. Ulp. XXIV, 15: — „vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit“. L. 1 § 3 D. 28, 6: — „nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet“.

[6] L. 20 D. 29, 7 ([3]), l. 7 C. 6, 36, l. 14 C. 6, 23 ([3]).

* Inst. 2, 12 quibus non est permissum testamenta facere. Dig. 28, 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. 6, 22 qui facere testamentum possunt vel non possunt. — Zimmern Grundriß des Erbr. (1823) S. 50 fg. Glück XXXIII S. 347 fg. XXXIV S. 53 fg., Bering S. 238 fg., Heimbach S. 716 fg., Vangerow II § 428 fg., Sintenis III § 167 Nr. 1. [Meischeider die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. f. das deutsche Reich. Leipzig 1900 § 2—9.]

2) der interdicirte Verschwender [5];

3) wer seinen Willen nicht in gemeinverständlicher Weise ausdrücken kann [6], daher der schreibensunfähige Stumme [7];

§ 539. [1] Die Fähigkeit ein Testament zu errichten, testamenti faciendi facultas (l. 19 D. 28, 1), wird in den Quellen auch als testamenti factio bezeichnet. L. 1 § 1 D. 27, 3, l. 1 pr. D. 29, 1, l. 4 D. 28, 1, l. 1 § 8 D. 37, 11. In einem andern Sinne aber wird testamenti factio einem Jeden zugeschrieben, welcher die nöthige Rfähigkeit besitzt, um an der Errichtung eines Testaments als Testator oder Bedachter oder Zeuge theilzunehmen, so daß Jemand testamenti factio haben kann, ohne die Fähigkeit ein Testament zu errichten. L. 16. 18 D. 28, 1, § 4 I. 2, 19; l. 21 D. 26, 2; § 6 I. 2, 10. Hiernach unterscheiden die Neueren zwischen testamenti factio activa und passiva. — Wer unfähig ist, ein Testament zu errichten, ist auch unfähig, einen Erbvertrag abzuschließen; oder mit anderen Worten: wer sich überhaupt keinen Erben ernennen kann, kann sich auch auf dem Wege des Vertrages keinen Erben ernennen. Bei dem Erbvertrag kommt dann aber als weiteres Erforderniß der Gültigkeit noch die Vertragsfähigkeit hinzu, so jedoch, daß, wenn auch der Vertrag als solcher ungültig ist, die Erbeseinsetzung doch als einseitige zu Recht bestehen kann. Vgl. § 529 [3] a. E. und Hartmann Erbverträge S. 32 fg.

[2] S. auch l. 17 D. 28, 1, vgl. l. 3 C. 6, 22. Holzschuher II § 143 Nr. 6. — Nicht testamentsunfähig ist der unter Vormundschaft Gestellte als solcher. RG. XXIII S. 140.

[3] Vorbehaltlich lichter Zwischenräume, § 1 I. 2, 12, l. 16 § 1 D. 28, 1, l. 9 C. 6, 22. Vgl. I § 71 [3].

[4] § 1 I. 2, 12, l. 5 D. 28, 1, l. 4 C. 6, 22, l. 18 C. 6, 21. Ueber die Berechnung der Zeit s. l. 5 cit. und I § 103 [15]. Die Unterstützung des Vormunds macht den Geschlechtsunreifen nicht testamentsfähig. Gai. II, 113.

[5] § 2 I. 2, 12, l. 18 pr. D. 28, 1. Der Grund der Testamentsunfähigkeit des interdicirten Verschwenders liegt nach der Auffassung des r. R. nicht allein und zunächst darin, daß man von ihm Unvernünftigkeit der Verfügung befürchten muß, sondern darin, daß „commercio illi interdictum est“, Ulp. XX, 13. Vgl. auch Glück XXXIII S. 382 fg. S. Holzschuher II § 143 Nr. 9. Sf. II. 309. Vgl. auch Unger § 9 [4].

[6] L. 29 C. 6, 23. — „Si . . . . . talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est . . .“ Wiederholt in der N. O. II § 4 (s. auch § 5).

[7] Das frühere r. R. entzog die Testamentsfähigkeit den Stummen und den Tauben schlechthin (l. 6 § 1. l. 16 pr. D. 28, 1), vorbehaltlich kaiserlicher Dispensation, l. 7 D. 28, 1. Justinian hat in l. 10 C. 6, 22 (vgl. § 3 I. 2, 12) nicht nur dieß aufgehoben, sondern auch den Taubstummen, wenn sie schreibensfähig seien, die Testamentsfähigkeit gegeben, mit Ausnahme der taubstumm Geborenen. Bei dieser letzteren Beschränkung setzt er offenbar voraus, daß ein taubstumm Geborener die Kunst des Schreibens nicht erlernen könne, und diese Voraussetzung trifft bei der heutigen Ausbildung des Taubstummenunterrichts nicht mehr zu. Kann also heutzutage ein schreibenserfahrener Taubstummer, auch wenn er taubstumm geboren ist, ein Testament errichten? Ich getraue mich nicht, diese Frage zu verneinen, und bin der Meinung, daß in der Bejahung derselben die Auslegung nicht die ihr gezogenen Grenzen überschreitet, s. I § 22. Eine

4) das Kind in der Gewalt in Betreff des adventicischen Erwerbes [8].

5) Nach römischem Rechte sind noch testirunfähig Pasquillanten [9], nach canonischem Recht Gläubiger, welche sich gegen die Vorschriften über das Zinsennehmen verfehlen [10]; ferner sind beschränkt

---

wenigstens unterstützende Kraft hat auch der cit. § 4 der N. O., welcher zwar nur die l. 29 C. 6, 23 wiedergibt, die ihrerseits die l. 10 C. cit. gewiß nicht hat aufheben wollen, welcher aber doch das in ihm ausgesprochene Princip als ein allgemein gültiges hinstellt und von dem Zusammenhang des Corpus juris unabhängig macht. Die herrschende Meinung läßt den taubstumm Geborenen zur Errichtung eines schriftlichen Testaments nur mit landesherrlicher Genehmigung (nach l. 7 D. 28, 1) zu. Glück XXXIII S. 373, W. Sell in Sell's Jahrb. II S. 432 fg. und die das. S. 433 Citirten, Vangerow II § 428 Anm. Nr. I. 4, Sintenis III § 167 [6], Brinz 1. Aufl. S. 749, vgl. 2. Aufl. III S. 49. Doch ist auch die hier vertretene Ansicht nicht ohne Anhänger geblieben. Gensler ACPra. III S. 371, Holzschuher II § 143 Nr. 4 und die das. Citirten, Puchta § 463 zu [z] („nach einer sorgfältigen amtlichen Untersuchung"). Für den Fall, daß der Taubstumme articulirt hat sprechen lernen, gibt ihm auch Sell a. a. O. die Testamentsfähigkeit, ebenso Vangerow a. a. O. und Brinz 1. Aufl. S. 750; dawider Sintenis a. a. O. Ein interessanter Fall der Errichtung eines Taubstummentestamentes durch Zeichensprache bei Gensler ACPra. III S. 345 fg. Vgl. auch den Aufsatz von Fr. Jolly, über den Einfluß der Aphasie auf die Fähigkeit zur Testamentserrichtung, Archiv für Psychiatrie Bd. XIII Heft 2 (1882).

[8] L. 8 § 5 C. 6, 61, l. 11 C. 6, 22 S. § 516. 517. Ueber die Zweifel, welche man in Betreff des peculium adventicium extraordinarium oder doch einer einzelnen Art desselben (§ 517 Nr. 3. a) namentlich wegen Nov. 117 c. 1 erhoben hat, s. Glück XXXIV S. 124 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 431 fg., Vangerow II § 428 Anm. Nr. II. Ueber das peculium castrense und quasi castrense s. § 516, 1. Daß das Hauskind über das s. g. peculium profecticium (§ 518) nicht testiren kann, versteht sich von selbst. Erlaubniß des Vaters vermag dem Kinde keine größere Testirfähigkeit zu geben, als es besitzt (pr. I. 2, 12, l. 6 pr. D. 28, 1, vgl. l. 3 D. 28, 1, l. 13 C. 6, 23), auch nicht, wie man auf Grund von c. 4 in VI° 3, 12 behauptet hat, für den Fall der Verfügung zu frommen Zwecken; denn die bezeichnete Stelle, bei welcher Abweichung vom r. R. nicht zu vermuthen ist, erklärt sich aus l. 7 § 4 D. 39, 5, l. 25 § 1 D. 39, 6. Fritz ACPra. VI S. 211, Glück XXXIV S. 141 fg., Puchta § 463 zu [t], Vangerow II § 428 Nr. II a. E., A. M. Arndts § 484 [3].

[9] L. 18 § 1 D. 28, 1. „Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi". L. 5 § 9. 10 D. 47, 10. Vgl. l. 26 C. 6, 22 Gell. N. A. XV c. 13 i. f.

[10] C. 2 § 1 in VI° 5, 5. Unter den „usurarii manifesti", von denen hier die Rede ist, sind im Sinne der Stelle Gläubiger zu verstehen, welche irgendwie Zinsen nehmen. Soll die Stelle heutzutage überhaupt noch Anwendung finden ([12]), so muß sie in der bezeichneten Weise umgedeutet werden. Uebrigens nimmt sie von der Ungültigkeit des Testaments den Fall aus, wo im Testament selbst die

in der Testirfähigkeit nach römischem Recht diejenigen, welche eine incestuose Verbindung eingegangen haben [11]. Jedoch sind diese Bestimmungen nach richtiger Ansicht heutzutage unanwendbar [12]. Andere hierher gehörige Bestimmungen des römischen Rechts sind heutzutage unzweifelhaft unanwendbar [13].

[1. Nach BGB. ist testirunfähig selbstverständlich jeder Geschäftsunfähige (104. 105 Abs. 1), sowie derjenige, der sich zur Zeit der Errichtung des Testaments im Zustande der Bewußtlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistesthätigkeit befindet (105 Abs. 2).

2. Von den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten wird der Minderjährige testirfähig mit dem vollendeten sechzehnten Lebensjahr (2229 Abs. 2); der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf er nicht (2229 Abs. 1), auch dann nicht, wenn er unter elterlicher Gewalt steht. Die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten sind testirunfähig (2229 Abs. 3). Und zwar tritt ihre Unfähigkeit mit der Stellung des Entmündigungsantrages ein. Ein von ihnen nach diesem Zeitpunkt errichtetes Testament ist also in der Schwebe; es ist gültig, wenn die Entmündigung abgelehnt wird, nichtig, wenn sie erfolgt. (2229 Abs. 3 S. 2). Diese Vorschrift ist dem Zusammenhange nach nur für die Entmündigungen wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht gegeben; es dürfte aber sachlich unvermeidlich sein, sie auch auf den Fall der Entmündigung wegen Geisteskrankheit zu beziehen. Wenn derjenige, dessen Entmündigung beantragt ist, unter vorläufige Vormundschaft gestellt und damit in der

---

Restitution der Zinsen angeordnet und diese Restitution vollzogen oder ihretwegen Sicherheit geleistet ist. Wächter ACPra. XVII S. 422.

[11] L. 6 C. 5, 5. Sie können nur Verwandte (gewisse Verwandte? vgl. Köppen System § 5 [11]) zu Erben einsetzen.

[12] Sie sind durch das RStGB. aufgehoben. S. I § 326 [4], StGB. § 185 fg. 173, und, was den Zinswucher angeht, die Rubrik Thl. 2 Abschn. 25 und im Besonderen § 284—286. 301—302. Reichsges. 24/5 80 betr. den Wucher. Aber auch abgesehen vom RStGB. ist a) was den Fall des Incestes betrifft, nach der richtigen Meinung die l. 6 C. cit. in der hierhergehörigen Bestimmung durch Nov. 12 aufgehoben worden. S. namentlich Wächter a. a. O. S. 424 fg. b) In Betreff der beiden zuerst bezeichneten Vergehen fragt es sich, ob nicht die Strafe der Testirunfähigkeit durch die Gesetzgebung des früheren deutschen Reichs (P. G. O. Art. 110, R. P. O. XVII § 1—8. XIX § 2. 3. XX § 6) oder doch durch die Praxis aufgehoben worden sei. S. namentlich Wächter a. a. O. S. 421 fg. 437 fg.; ferner Glück XXXIV S. 147. 148, Sintenis III § 167 [11], und in Betreff der Zinswucherer Vangerow II § 428 Anm. Nr. IV. 1, welcher in Betreff der Pasquillanten (Nr. IV. 3) a. M. ist. Vgl. auch Holzschuher II § 143 [1] und die das. Citirten.

[13] Die Testirunfähigkeit derjenigen, welche durch die Verurtheilung zu einer Kapitalstrafe die Freiheit oder die Civität verloren haben (l. 8 § 1. 2 D. 28, 1, l. 1 § 2 D. 32, l. 6 § 6—8 D. 28, 3, l. 7 § 3 D. 48, 22), und der Ketzer oder doch gewisser Ketzer (l. 4 § 5 C. 1, 5 und dazu Auth. Frid. II. *Credentes*, l. 3 C. 1, 7, Nov. 115 c. 3 § 14). S. I. § 55 und namentlich Wächter a. a. O. S. 423 fg. 438 fg.

Geschäftsfähigkeit beschränkt wird (1906. 114), so hat das auf die Testirfähigkeit keinen selbständigen Einfluß; es bleibt dabei, daß die Gültigkeit des Testaments von dem Ausgang des Entmündigungsverfahrens abhängt. Wird die Entmündigung abgelehnt, so ist das Testament gültig, auch wenn es ohne Zustimmung des Vormundes errichtet war (2229 Abs. 1).

3. Hat ein Entmündigter (gleichviel aus welchem Grunde er entmündigt ist) ein Testament errichtet, bevor der Entmündigungsbeschluß unanfechtbar wurde (CPO. 664. 684), und stirbt er noch vor dem Unanfechtbarwerden, so ist das Testament gültig (2230 Abs. 1), vorbehältlich der Möglichkeit des Beweises seiner Richtigkeit aus § 104 Ziff. 2 oder § 105 Abs. 2. Wenn die Wiederaufhebung der Entmündigung beantragt ist (CPO. 675. 685), der Entmündigte nun ein Testament errichtet, und sodann die Entmündigung dem Antrage gemäß wieder aufgehoben wird, so ist das Testament gültig (2230 Abs. 2), weil zwar zur Zeit seiner Errichtung die Entmündigung noch bestand, aber sachlich dem Ausgange des Verfahrens zufolge sich nicht mehr rechtfertigte. Auch hier bleibt aber der Nachweis der Richtigkeit aus § 104 Ziff. 2 oder § 105 Abs. 2 vorbehalten.

4. Zum Widerruf eines Testaments ist auch der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte fähig (2253 Abs. 2; er kehrt damit nur zur gesetzlichen Erbfolge zurück); von dem wegen Geisteskrankheit Entmündigten dagegen gilt nicht dasselbe. Zum Widerruf des Widerrufs (2257) sind auch die zuvor Genannten nicht fähig, weil dieß praktisch ebensoviel bedeutet wie die neue Errichtung eines Testaments.

5. Taubheit, Stummheit, Schreibensunfähigkeit, Lesensunfähigkeit beschränken in der Wahl der Formen des Testaments, und es kann dahin kommen, daß solche Personen überhaupt keine Form der Testamentserrichtung zur Verfügung haben. Dieß gilt von dem stummen Minderjährigen, dem Stummen, der Geschriebenes nicht zu lesen vermag (2247. 2238 Abs. 2), von dem schreibensunfähigen Stummen (2243 Abs. 1) vgl. Endemann III § 25 zu [21]. Dieser Schriftsteller nimmt ferner an, daß der Taube ein öffentliches Testament nicht errichten, also, wenn er schreibensunfähig ist, überhaupt nicht testiren kann (a. a. O. zu [22]). Dem vermag ich nicht beizutreten, weil dem Formalerforderniß der Vorlesung des Protokolls (2242) auch genügt werden kann, wenn der Erblasser sie nicht hört; die übrigen Betheiligten hören sie, und der Erblasser kann das Protokoll gültig auf Vertrauen zu ihnen genehmigen. Er kann sich Kenntniß von dem Inhalt des Protokolls durch eigene Durchsicht verschaffen (2242 Abs. 1 S. 3); aber selbst wenn er nicht lesen kann, so ist das m. E. kein Grund, das Testament für unmöglich zu erklären. Notorisch gibt es Taube, welche dem Redenden die Worte vom Munde ablesen, und schon deßwegen verbietet es sich, zu sagen, daß ein Tauber der Vorlesung des Protokolls nicht gültig beiwohnen und das Protokoll nicht gültig genehmigen könne; es hätte vielmehr einer dahingehenden Bestimmung des Gesetzes bedurft, wenn ein solcher Satz gelten sollte; derselbe ist aber absichtlich nicht aufgestellt (s. Mot. V S. 276). Auch das Ges. über die Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit, welches über die Beurkundung von Erklärungen dieselben Sätze hat (§ 177) wie die hier fraglichen des BGB. (2242), läßt die Beurkundung der Erklärung eines Tauben

unter Zuziehung gleicher Urkundspersonen wie nach BGB. 2233 zu (§ 169). Sachlich ist auch kein Anlaß, den Tauben lediglich auf die gefährlichere Form des eigenhändigen Privattestamentes zu verweisen. Gegen Endemann s. auch Strohal S. 58[17].

S. noch EG. Art. 214. 215.]

C. Form des Testamentes*.

1. Einleitung.

§ 540.

Das gemeine Recht stellt für die Testamentserrichtung zwei Formen zur Verfügung: Erklärung vor sieben Zeugen und Erklärung vor Gericht. Hiernach unterscheidet man zwischen Privattestament und öffentlichem Testament. Eine dritte vom canonischen Recht gestattete Form: Erklärung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen[1], ist nicht zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt[2]. — Bei dem Privattestament gibt es für gewisse Fälle besondere Vorschriften. Man spricht in diesen Fällen, oder doch in denjenigen derselben, wo von der regelmäßigen Form etwas nachgelassen ist, von einem privilegirten Testament[3, 4].

---

* Inst. 2, 10 de ordinandis testamentis. Dig. 28, 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. 6, 23 de testamentis et quemadmodum testamenta ordinantur. Glück XXXIV S. 149 fg. XXXV S. 1—119, Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXV S. 119 fg., Vering S. 175 fg., Heimbach S. 735 fg., Sintenis III § 168—170.

§ 540. [1] C. 10 X. 3, 26.

[2] Sie ist weder von der Notariatsordnung Maximilian's I. von 1512 bestätigt, noch dieser gegenüber von der Gewohnheit festgehalten worden. Vgl. Holzschuher II § 155, Roth ZS. für Reichs- und Landesr. I S. 208 fg. (mit besonderer Rücksicht auf das Bamberger R.). Sf. XVII. 149. [Thomas das canonische Testament (Testamentserrichtung vor dem Pfarrer). Erl. Diss. 1897.]

[3] Ueber die geschichtliche Entwickelung der Form des Privattestamentes, auf welche hier nicht eingegangen werden kann, vgl. Glück S. 226 fg., Vering S. 175 fg., Köppen S. 10 fg. 54 fg., Hölder Beiträge zur Geschichte des r. Erbr. S. 20—71. Weitere Literaturangaben bei Vangerow zu § 443. Vgl. noch Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 141 fg. 150 fg. 188 fg. 260.

[4] Für den Erbvertrag verlangt die herrschende Meinung gar keine Form. Dagegen mit guten Gründen Hartmann Erbverträge S. 44 fg., Stobbe V § 311 Nr. V. In der That ist es „monströs" (Hasse Rhein. Mus. II S. 291), daß eine widerrufliche Erbeseinsetzung nur unter Beobachtung genau vorgeschriebener gesetzlicher Formen, eine unwiderrufliche aber, also das Mehr, ganz formlos soll gemacht werden können. Vgl. übrigens auch die Bemerkung von E. A. Seuffert in der 4. Aufl. von seines Vaters Pandektenlehrbuch § 517[1], Roth

2. Privattestament.

a. Regelmäßige Form.

§ 541.

Das Privattestament verlangt in seiner regelmäßigen Form die Zuziehung, und zwar die gleichzeitige Zuziehung, von sieben fähigen (§ 542) Zeugen. Vor [1] den versammelten Zeugen kann der Erblasser seinen letzten Willen entweder in der Weise erklären, daß er sie mit dem Inhalte desselben im Einzelnen bekannt macht (s. g. mündliches Testament) [2], wo dann Weiteres nicht erforderlich ist [3]; oder die Erklärung des Erblassers kann dahin gehen, daß sein letzter Wille in einer den Zeugen vorgezeigten Urkunde enthalten sei (s. g. schriftliches Testament), in welchem Falle die vorgezeigte Urkunde von dem Testator in Gegenwart der Zeugen [3a] unterschrieben, und von den Zeugen in Gegenwart des Testators unterschrieben und besiegelt werden muß [4]. Nur wenn der Testator das ganze Testament

---

bayr. Civilr. III S. 468 fg. Für die Formlosigkeit auch RG. VIII S. 133, XI S. 217.

[1] L. 9. 12. 21 pr. § 2 C. 6, 23, l. 8 C. 6, 22, § 3 I. 2, 10, N. O. II § 9. Glück XXXIV S. 291 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 55 fg. Sf. I. 95 Nr. 5, XV. 196, vgl auch XIII. 45. § 541.

[2] L. 21 § 4. l. 26. 29 C. 6, 23, § 14 I. 2, 10, l. 21 pr. D. 28, 1; N. O. II § 1. 8. Die l. 21 cit. gebraucht den Ausdruck testamentum per nuncupationem, die N. O. den Ausdruck testamentum nuncupativum. — Ein mündliches Testament kann gültig auch durch Bezugnahme auf den Inhalt einer von einem Andern vorgelesenen Urkunde errichtet werden. Sf. XIX. 243; nicht aber durch Bezugnahme auf den Inhalt einer nicht vorgelesenen. Mühlenbruch XXXV S. 13 fg. [Sf. LIII. 237. 257.]

[3] Wird in diesem Fall über den Vorgang eine Urkunde aufgenommen, so hat dieselbe lediglich die Bedeutung einer Beweisurkunde. Vgl. N. O. II § 5 und darüber Sintenis III § 169 [17]. Ist es zweifelhaft, ob die bei einer Testamentserrichtung aufgenommene Urkunde zum Zweck des Beweises eines mündlichen Testaments oder zum Zweck der Errichtung eines schriftlichen aufgenommen worden sei, so ist für diejenige Testamentsform zu entscheiden, bei welcher die Aufrechterhaltung des letzten Willens den geringsten Schwierigkeiten unterliegt, also regelmäßig für das mündliche Testament. Sf. I. 95 Nr. 7, XIII. 152, XVII. 148. Kann aber auch ein Testament als mündliches aufrecht erhalten werden, welches unzweifelhaft als schriftliches beabsichtigt war? Dagegen Sintenis III § 167 [17] zweite Hälfte, Unger § 10 [12], Dernburg III § 70 [14], vgl. auch Mühlenbruch XXXVIII S. 409; dafür Glück XXXV S. 29 fg. (mit Ausnahme des Falles, wo der Testator ausdrücklich erklärt hat, daß sein Testament nur als schriftliches gelten solle); Sf. VII. 199, XX. 144, XXIX. 37. [[XLVI. 201, RG. XXVI S. 202.]]

[3a] Sf. I. 95 Nr. 3. Vgl. das. XIII. 45.

eigenhändig geschrieben, und daß er dieß gethan habe, im Testamente selbst bemerkt hat, ist seine Unterschrift nicht nothwendig[5]. Datirung des Testaments ist Erforderniß seiner Gültigkeit nicht[6]. — Sowohl bei dem mündlichen wie bei dem schriftlichen Testament muß die Testamentshandlung ohne Unterbrechung durch einen ihr fremden Act zu Ende geführt werden[7], und nur eine durch die Nothwen-

[4] L. 21 pr. C. 6, 23, § 3 I. 2, 10, N. O. II § 7. — Von wessen Hand die Testamentsurkunde geschrieben ist, ist gleichgültig; die Vorschrift Justinians (l. 29 C. 6, 23, § 4 I. 2, 10), daß wenigstens der Name des Erben von der Hand des Erblassers geschrieben sein müsse, hat Justinian selbst in Nov. 119 c. 9 wieder aufgehoben. — Unterschrift und Besiegelung kann auch auf der verschlossenen Testamentsurkunde geschehen. Ja gerade diesen Fall hat l. 21 C. cit., welche die N. O. wörtlich übersetzt, im Auge (— „licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam . . . eamque . . . testibus . . . offerre signandam et subscribendam"). Glück XXXIV S. 453 fg., Vangerow II S. 145 unten, Sintenis III § 169[6], Sf. XV. 137. — Die Besiegelung hat heutzutage nach unzweifelhaftem Gewohnheitsr. die Bedeutung einer Beglaubigung der Unterschrift; bei den Römern erfolgte sie zum Zweck des Verschlusses der Testamentsurkunde. Hieraus erklärt sich die Vorschrift, daß die Zeugen auch mit einem fremden, und die sämmtlichen Zeugen mit einem und demselben Siegel siegeln können (l. 22 § 2 D. 28, 1, § 5 I. 2, 10), welche Vorschrift die N. O. § 10 wiederholt hat. Abweichend W. Sell Versuche I S. 225 fg.; aber s. Holzschuher II § 152 Nr. 6. — Die Nothwendigkeit der subscriptio als selbständigen Actes ist durch die kaiserliche Gesetzgebung eingeführt worden (§ 3 I. 2, 10); das „adscribere" oder „adnotare", von welchem bereits die Pandektenjuristen reden (l. 22 § 4. l. 30 D. 28, 1), ist zu verstehen von einer Nebenschrift neben dem verschließenden Siegel, welche den Zweck hatte, die Auffindbarkeit der Zeugen bei der Eröffnung des Testamentes (l. 3—7 D. 29, 3, Paul. sentent. IV, 6 § 1) zu ermöglichen. Vgl. Savigny Gesch. des r. R. im M. A. II S. 182 fg., Spangenberg ACPra. V S. 144 fg., Huschke ZS. f. gesch. RW. XII S. 173 fg., Bachofen ausgewählte Lehren S. 256 fg. 276 fg. 292 fg. 309 fg., Bering S. 211 fg., v. Löhr ACPra. VI S. 328 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 3, Glück XXXIV S. 442 fg. Jetzt namentlich; Bruns in den Abhandlungen der Berliner Akademie der Wissenschaften 1876 Hist.-philos. Klasse S. 88 fg. — Ueber noch andere Fragen s. Glück XXXIV S. 421 fg., Sf. VI. 220; Glück XXXIV S. 466 fg. Sf. VI. 50.

[5] L. 28 § 1 C. 6, 23.

[6] Vgl. das Fragment aus Modestini Regularum l. IX. bei Huschke Iurisprudent. anteiustin. p. 527 (546. 604. 626). Glück XXXIV S. 468 fg.

[7] Erforderniß der s. g. unitas actus. L. 21 § 3 D. 28, 1, § 3 I. 2, 10. Glück XXXIV S. 375 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 73—76. 88—99. Sf. I. 95 Nr. 4, XXII. 54, XXIII. 234, XXXII. 251; vgl. XIX. 102. Vgl. § 568[a]. — Marezoll a. a. O. S. 68 fg. verlangt auf Grund von l. 21 pr. § 2 C. 6, 23 und N. O. § 7 („uno eodemque die", „desselben Tags und Zeit") auch Einheit des Kalendertages. Dagegen gewiß mit Recht

digkeit der Befriedigung eines leiblichen Bedürfnisses bei dem Erblasser oder einem der Zeugen herbeigeführte Unterbrechung schadet, wenn sie nicht zu lange dauert, nicht [8].

§ 542.

Die Testamentszeugen sind nicht bloße Beglaubigungszeugen, sondern auch Förmlichkeitszeugen. Deßwegen darf ihre Gegenwart bei dem Testamente keine bloß zufällige [1] und keine unfreiwillige sein [2].

Unfähig Testamentszeugen zu sein sind [3]:

1) diejenigen, welche die für ein Zeugniß erforderliche geistige oder körperliche Fähigkeit nicht besitzen, daher Wahnsinnige [4], Taube, Stumme [5], und für das schriftliche Testament Blinde [6];

2) Frauen [7] und Geschlechtsunreife [8];

W. Sell in Sell's Jahrb. III S. 1 fg., Fein Forts. von Glück XLV S. 9 f., Sintenis III § 169 [5], Vangerow II § 444 Anm. Nr. II.

[8] L. 28 pr. C. 6, 23, N. O. II § 7. 9. Es soll selbst das nicht schaden, daß Einer der Zeugen durch Krankheit bleibend verhindert wird; es soll dann ein anderer an seiner Stelle zugezogen werden. L. 28 pr. cit. Vgl. § 568 [2].

[1] Sie müssen „testes ad testamentum adhibiti", „testes rogati" sein. D. h. sie müssen zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung aufgefordert (aber nicht nothwendig herbeigerufen) worden sein. Vgl. Fein Codicille S. 420 fg. L. 21 § 2 D. 28, 1. N. O. II § 3. Vgl. l. 11 D. 22, 5. Sf. I. 95 Nr. 1, XV. 32. XIX. 244, XX. 231, XXII. 156, XXIV. 45. § 542.

[2] L. 20 § 10 D. 28, 1.

[3] Glück XXXIV S. 310 fg., Heimbach S. 760 fg., Vangerow II § 444 Anm. Nr. I.

[4] L. 20 § 4 D. 28, 1, § 6 I. 2, 10.

[5] § 6 I. 2, 10 Harthörigkeit schadet nicht: Sf. I. 95 Nr. 2.

[6] Die Blinden sind in den Quellen nirgends für unfähig zum Testamentszeugniß erklärt. Aber ihre Unfähigkeit beim schriftlichen Testament ergibt sich aus der Natur der Sache, weil sie weder im Stande sind, das Unterschreiben des Erblassers wahrzunehmen, noch ihre eigene Unterschrift und ihr Siegel wiederzuerkennen. Dagegen wohnt ihnen eine natürliche Unfähigkeit, über eine mündliche Testamentserrichtung ein glaubwürdiges Zeugniß abzulegen, nicht bei (auch nicht was die Identität des Erblassers angeht, in welcher Beziehung sie nur größere Schwierigkeiten zu überwinden haben, als Sehende), und daher ist in Betreff dieses Falles dabei stehen zu bleiben, daß die Quellen sie nicht ausschließen. Doch ist dieser Punkt außerordentlich streitig. Für die vollständige Unfähigkeit der Blinden s. namentlich Glück XXXIV S. 295 fg., Fein Forts. von Glück XLIV S. 452 fg., Puchta § 465 p, Sintenis III § 169 [24], Holzschuher II § 151 Nr. 1; für die hier vertretene Ansicht namentlich Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 58 fg., Heimbach S. 760 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1, Bering S. 209 [2] (welcher die Blinden sogar vom schriftlichen Testament „nicht ganz" ausschließen will); für die vollständige Fähigkeit Dernburg III § 70 [5].

3) interdicirte Verschwender [9];

4) der Erbe und der mit dem Erben durch väterliche Gewalt Verbundene, d. h. wer den Erben in väterlicher Gewalt hat, oder in dessen väterlicher Gewalt steht, oder mit ihm in der väterlichen Gewalt desselben Dritten steht; ferner derjenige, welcher in der väterlichen Gewalt des Erblassers steht [10]. Vermächtnißnehmer sind nicht ausgeschlossen [11].

5) Zur Strafe unfähig zum Testamentszeugnisse, jedenfalls beim schriftlichen Testamente, ist derjenige, dem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind [12]. Dagegen sind die Bestimmungen des

[7] L. 20 § 6 D. 28, 1, § 6 I. 2, 10, N. O. II § 6. Vgl. Unger § 10 [15].

[8] § 6 I. 2, 10, N. O. II § 6.

[9] L. 18 D. 28, 1. Der Grund dieser Unfähigkeit ist der Mangel des commercium (§ 539 [5]); dieselbe hat daher für unser R. keine Bedeutung mehr — ist freilich deßwegen nicht weniger geltendes R.

[10] L. 20 pr. § 2 D. 28, 1, § 9. 10 I. 2, 10, N. O. II. § 6. In § 9 cit. wird für unfähig erklärt auch derjenige, welcher den Erblasser in der väterlichen Gewalt hat oder mit ihm in derselben väterlichen Gewalt steht, während l. 20 § 2 D. 28, 1 in Betreff des Ersten (und damit auch in Betreff des Zweiten) das Gegentheil aussagt. Bei diesem Widerspruch ist im Sinne des r. R. der Entscheidung der Pandektenstelle der Vorzug zu geben; denn dieselbe beruht offenbar auf dem Satze, daß der Haussohn in Betreff seines castrensischen Peculiums (welches hier allein in Betracht kommt, § 539 Ziff. 4) nicht als Haussohn anzusehen sei (l. 2 D. 14, 6), und dieser Satz hat durch die spätere Entwickelung, nach welcher der Haussohn in das castrensische Peculium auch ab intestato beerbt wird (vgl. § 572 [7]), eine neue Bekräftigung und seine Vollendung erhalten. Doch sind die Meinungen hier sehr getheilt. Vgl. Glück XXXIV S. 368 fg. und die das. Citirten, Vangerow a. a. O. Nr. 5, Fitting das castrense peculium S. 205 fg. — Uebrigens galt das hier für den Erben und die mit ihm durch Gewalt verbundenen Personen Gesagte ursprünglich nicht für diesen, sondern für den familiae emtor, und erst Justinian hat es auf den Erben übertragen. Gai. II, 105—108, Ulp. XX, 3—6, § 10 I. 2, 10. — Die Erklärung für den hier dargestellten Satz liegt nicht in einer früher vielfach angenommenen Personeneinheit zwischen dem Gewalthaber und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern, welche Einheit eben nicht existirt (vgl. namentlich v. d. Pfordten Abhandlungen S. 117 fg. und besonders l. 22 pr. D. 28, 1, § 8 I. 2, 10, Ulp. XX, 6), auch nicht in der Verdächtigkeit des Zeugnisses der ausgeschlossenen Personen — warum hat man sonst den Erben, und warum den Vermächtnißnehmer ([11]) zugelassen? — sondern in der Vorstellung, daß die Zeugen des Mancipationstestamentes, wie der Mancipation überhaupt, Vertreter des Volkes seien, und daß einer Person gegenüber das Volk nicht durch Angehörige ihres Hauses vertreten werden könne. „Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium", sagt Gai. II, 105, und danach noch Justinian § 9 I. 2, 10 s. auch l. 3 C. 4, 20. Vgl. Bering S. 181—182.

[11] L. 20 pr. D. 28, 1, l. 22 C. 6, 23, § 11 I. 2, 10, Gai. II, 108. Glück XXXIV S. 347 fg.

römischen Rechts, daß auch der wegen Ehebruchs und wegen Pasquilles Verurtheilte unfähig zum Testamentszeugnisse sei [13], heutzutage unanwendbar [14. 15].

Der Mangel der Fähigkeit eines Zeugen wird nicht dadurch gehoben, daß der Zeuge allgemein für fähig gilt [16].

b. Abweichende Vorschriften.

α. Erschwerende.

§ 543.

1. Beim Testament eines Blinden [1] muß außer den sieben Zeugen ein Notar, oder wenn ein solcher nicht zu erlangen ist, ein

---

[12] StGB. § 34 Ziff. 5. „Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt . . die Unfähigkeit . . . 5) Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein." Es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß die Kategorie, welche der Gesetzgeber hier eigentlich hat denken wollen (vgl. I § 22), die Kategorie Solemnitätszeuge ist. Dagegen ist es allerdings sehr zweifelhaft, ob eine ausdehnende Auslegung dieser Art bei Strafbestimmungen zulässig ist. Vgl. Mandry § 8, I, 2 und Citate das.

[13] L. 14 D. 22, 5, § 6 I. 2, 10 und § 539 [9].

[14] Vgl. § 539 [12] und StGB. § 172.

[15] Man bemerke noch: a) in l. 15 D. 22, 5 wird auch dem wegen des crimen repetundarum Verurtheilten die Fähigkeit zum Testamentszeugniß abgesprochen. Aber diese Stelle wird aufgehoben durch die geradezu widersprechende l. 20 § 5 D. 28, 1 (in welcher die Einschiebung eines „non" vor posse — s. darüber Glück XXXIV S. 324 fg. — reine Willkür ist). b) Auf Grund von Nov. 90 c. 1 wird von Manchen gelehrt, daß jede Bescholtenheit unfähig zum Testamentszeugniß mache (Glück XXXIV S. 339, Heimbach S. 767, Sintenis III § 169 [5], Vangerow a. a. O. Nr. 4, vgl. Sf. XXIV. 129). Aber das genannte Gesetz schließt nicht sowohl bescholtene, als vielmehr unbekannte und unangesehene Personen vom Zeugniß aus, und thut das nicht in dem Sinne, um sie für unfähig zum Zeugniß zu erklären, sondern in dem Sinne einer Anweisung, sie nicht zu Zeugen zu nehmen. Daß das Gesetz ihr Zeugniß nicht für nichtig erklären will, geht auch aus der Vorschrift hervor, welche es hinzufügt, daß sie im Falle des Verdachtes auf dem Wege der Folter zur Aussage der Wahrheit sollen angehalten werden können. c) Die Vorschrift des r. R., daß Niemand Testamentszeuge sein könne, welchem die testamenti factio abgehe (l. 18 pr. D. 28, 1, § 6 I. 2, 10, Ulp. XX, 8, vgl. R. O. II § 6), bezieht sich nur auf das Erforderniß des commercium (§ 539 [1]). In diesem Sinne hat der Revisions- und Cassationshof zu Berlin im Jahre 1834 erkannt, daß Ordensgeistliche nicht unfähig zum Testamentszeugniß seien. Sf. II. 202. d) L. 27 D. 28, 1. (s. g. quaestio Domitiana, responsum Celsinum). Hofmann kr. Studien im r. R. S. 41 fg.

[16] Das Gegentheil behauptet eine weit verbreitete Meinung (vgl. Glück XXXIV S. 341—342, Holzschuher II § 151 Nr. 6, Sf. XXIV. 129) auf Grund von l. 1 C. 6, 23 und § 7 I. 2, 10, in welchen Stellen entschieden ist, daß Sclaverei eines Zeugen, welcher allgemein für frei gehalten worden sei, das

achter Zeuge zugezogen, und es müssen die Zeugen und der Notar mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden [2]. Dieses Letztere kann entweder durch den Erblasser selbst geschehen, in welchem Falle die von ihm abgegebene Erklärung von dem Notar bez. achten Zeugen in Gegenwart der Zeugen aufgeschrieben werden muß; oder dadurch, daß der Erblasser eine vorher gefertigte Urkunde vorlesen läßt [3] und das Vorgelesene als seinen letzten Willen erklärt. In beiden Fällen muß die Testamentsurkunde außer von den Zeugen auch von dem Notar bez. achten Zeugen unterschrieben und besiegelt werden [4].

2. [5] Das schriftliche Testament eines Schreibensunfähigen [6] muß an seiner Statt von einem achten Zeugen [7] unterschrieben werden [8].

β. Erleichternde.

§ 544.

1. Nach römischem Recht können Soldaten im Felde ohne alle Form testiren [1]; wenn es feststeht, daß sie überhaupt einen letzten

Testament nicht ungültig mache. Aber es ist ungerechtfertigt, in dieser Entscheidung die Anerkennung eines allgemeinen Princips zu finden. S. auch Vangerow II S. 141. Dawider Dernburg III § 70 [10].

§ 543. [1] L. 8 C. 6, 22, N. O. II § 9. Glück XXXIV S. 26 fg., Marezoll Magazin f. RW. u. Gesetzgebung IV S. 166–173, Sintenis III § 170 [16].

[2] In diesem Sinne nennt die l. 8 cit. das Testiren des Blinden ein Testiren „sine scriptis". In der Wirklichkeit ist die für das Testament des Blinden vorgeschriebene Form eine Combination der Formen des mündlichen und des schriftlichen Testaments. S. auch N. O. § 1 a. E.

[3] Nach der Codexstelle soll auch die Vorlesung durch den Notar erfolgen, was aber in der N. O. nicht wiederholt ist.

[4] Die Codexstelle verlangt nur Besiegelung durch den Notar, die N. O. auch Unterschrift.

[5] L. 21 § 1. l. 28 § 1 C. 6, 23, N. O. § 7. Glück XXXIV S. 47 fg., Gesterding Ausbeute I S. 344 fg., W. Sell Versuche I S. 218—225.

[6] L. 21 § 1 cit.: — „si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat". N. O. a. a. O.: — „wo er nicht schreiben könnt oder alsdann nicht möcht". Vgl. Sf. XI. 255, XXI. 242, XXIV. 128, XLI. 276.

[7] Die achte Person wird im Codex nur als subscriptor, dagegen in der N. O. als Zeuge bezeichnet, und muß daher auch die Eigenschaften eines Zeugen haben. Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt. S. Vangerow II § 445 Anm. Nr. 2. a. Sf. IV. 62, XVIII. 87.

[8] Der achte Zeuge unterschreibt seinen Namen mit der Hinzufügung, daß er für den Testator unterschreibe. Doch ist auch hierüber Streit. S. Gesterding S. 347 fg., Glück S. 406 fg., Sell 222 fg., Vangerow a. a. O., Sintenis III § 169 [11], Sf. XVIII. 87, RG. XII S. 161, Sf. XLI. 276. Besiegelung durch den achten Zeugen ist nicht erforderlich. Sf. IV. 62.

Willen haben errichten wollen [2], so genügt eine irgendwelche Erklärung desselben [3]. Die Notariatsordnung hat dieses Privilegium auf die Zeit des Gefechtes beschränkt, verlangt im Uebrigen zwei Zeugen [4]. Nach der Entlassung behält das Soldatentestament, wenn die Entlassung nicht ehrenrührig ist, noch ein Jahr lang seine Kraft [5]. Das Privilegium der Soldaten erstreckt sich auch auf Nichtsoldaten, welche im Gefecht sterben [6]. — Diese Bestimmungen sind jetzt durch die Bestimmungen des Reichsmilitärgesetzes ersetzt [6a].

---

[1] Testamentum militare. Inst. 2, 11 de militari testamento. Dig. 29, 1 Cod. 6, 21 de testamento militis. Mühlenbruch XLII S. 19 fg. Fitting zur Geschichte des Soldatentestaments (Halle 1866). Ders. das castrense peculium S. 9 fg. Sintenis III S. 368—371. — Die N. O. II § 2 spricht nicht von Soldaten, sondern von „Rittern", und gibt damit diejenige Auffassung des Ausdruckes miles wieder, welche in der Jurisprudenz, welche sie vorfand, die ausschließlich herrschende war. Durch späteres Gewohnheitsr. ist aber die Beziehung des Privilegiums auf die milites im römischen Sinne des Wortes wiederhergestellt worden. Fitting S. 18 fg. 23 fg. 27 fg. [Steidle das Soldatentestament. Historisch-dogmatische Darstellung unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebungen. Erl. Diss. 1893, dazu Oertmann Grünh. ZS. XXI S. 602 fg.] § 544.

[2] L. 24 D. 29, 1, § 1 I. 2, 11. S. auch Mühlenbruch S. 59 fg. Vgl. Sf. IX. 70.

[3] L. 1 pr. D. 29, 1: — „Faciant ... testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris". L. 3. 15 C. 6, 21, pr. I. 2, 11; l. 3. 35. 36 pr. l. 40 pr. D. 29, 1. — Bestätigung eines früheren ungültigen Testaments: § 4 I. 2, 11, l. 9. l. 15 § 2. l. 20 § 1 D. 29, 1. Mühlenbruch S. 69 fg. — Ernennung eines Erben durch Erbvertrag: l. 19 C. 2, 3. — Beweis: Mühlenbruch S. 64—67.

[4] Auf Grund der zu ihrer Zeit herrschenden (sich auf die Worte „convocatis ad hoc hominibus" in § 1 I. 2, 11 und l. 24 D. 29, 1, stützenden) Ansicht. S. darüber Fitting S. 7 fg. Nach der richtig verstandenen Lehre des r. R. ertheilt dieses das Privilegium formlosen Testirens auch den „in expeditione" befindlichen Soldaten; ja vor Justinian kam es allen Soldaten überhaupt zu. L. 17 C. 6, 21, pr. § 3 I. 2, 11, vgl. l. 1. 15 C. 6, 21, Mühlenbruch S. 32 fg. — Sind die zwei Zeugen Beweis- oder Solemnitätszeugen? Für das Letztere Mühlenbruch S. 67, Sintenis III § 170 [2]. A. M. Fitting a. a. O. S. 25 mit Berufung auf die zur Zeit der N. O. herrschende Ansicht. Aber die N. O. stellt doch offenbar diese zwei Zeugen den sonstigen Testamentszeugen gleich.

[5] L. 21. 26 D. 29, 1, l. 5 C. 6, 21, § 3 I. 2, 11. Mühlenbruch S. 21 fg.

[6] So versteht die herrschende Meinung das „in hostico" oder „in hosticolo" der l. 44 D. 29, 1, l. un. pr. D. 37, 13. Mühlenbruch S. 48 fg., Sintenis III § 170 [7].

[6a] Nach § 44 des Reichs-Militärges. v. 2/5 1874 sind die letztwilligen Verfügungen der zum activen Heere gehörigen (§ 38 das.) und der den Militär-

2. Leidet der Testator an einer ansteckenden Krankheit, so ist nicht erforderlich, daß sich die Zeugen in seiner unmittelbaren Gegenwart befinden [7].

3. Auf dem Lande genügen im Nothfall fünf Zeugen, und wenn das Testament schriftlich errichtet wird, kann für die Schreibensunkundigen unter den Zeugen ein anderer derselben unterschreiben, so jedoch, daß in diesem Falle die Zeugen mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden und ihre Aussage eidlich bekräftigen müssen [8].

---

gesetzen unterworfenen (Reichs-Militärstrafgesetzbuch § 155—158) Personen gültig: a) wenn sie von dem Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben sind; b) wenn sie von dem Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Zeugen oder einem Auditeur oder Offizier mit unterzeichnet sind; c) wenn von einem Auditeur oder Offizier, unter Zuziehung zweier Zeugen oder noch eines Auditeurs oder Offiziers, über die mündliche Erklärung des Testators eine Verhandlung aufgenommen und diese dem Testator vorgelesen, sowie von dem Auditeur oder Offizier und den Zeugen bezw. den Auditeuren oder Offizieren unterschrieben ist. — Bei verwundeten oder kranken Militärpersonen können die unter b und c erwähnten Auditeure und Offiziere durch Militärärzte oder höhere Lazarethbeamte oder Militärgeistliche vertreten werden. — Die Zeugen sind Beweiszeugen. — Verfügungen dieser Art behalten nach Auflösung des betreffenden Verhältnisses noch ein Jahr lang Gültigkeit. — Vgl. Mandry § 58.

[7] Namentlich also brauchen sie sich mit dem Testator nicht in demselben Raume zu befinden. S. g. testamentum tempore pestis. L. 8 C. 6, 23. Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XLII S. 262 fg., Köchy civil. Erörterungen I S. 114 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 77 fg., Ackermann ACPra. XXXII S. 55 fg., Sintenis III § 170 [11], Vangerow II § 444 g. E. Nr. 1. Die im Text vertretene Auffassung der l. 8 cit. ist die der Basiliken. Andere Meinungen sind: 1) wenn der Erblasser an einer ansteckenden Krankheit leide, oder, wie Andere sagen, wenn eine ansteckende Krankheit herrsche, sei nicht erforderlich Vereinigung der Zeugen unter sich, es könne ein Zeuge nach dem andern zugezogen werden; 2) wenn ein Zeuge während des Testiractes von der Epilepsie (casus maior) befallen werde, so schade es nicht, wenn die übrigen Zeugen sich zeitweilig entfernten, es müsse aber hinterher die volle Zahl wieder zusammenkommen; 3) unmittelbare Gegenwart der Zeugen sei nicht erforderlich, wenn eine ansteckende lebensgefährliche Krankheit herrsche. Nach der hier angenommenen Erklärung muß nicht „oppressos“ gelesen werden, sondern „oppresso“ oder „oppressis“.

[8] S. g. testamentum ruri conditum. L. 31 C. 6, 23, N. O. II § 2. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 245 fg., Marezoll ACPra. IX S. 297 fg., Wächter Tüb. kr. ZS. II S. 169 fg., Fritz ZS. f. CR. u. Pr. V S. 22 fg., Sintenis III § 170 [15]. Die Bestimmung kündet sich an als ein Privilegium für einen gewissen Stand, ist aber in Wirklichkeit ein Privilegium für einen gewissen Errichtungsort. Justinian hat vorausgesetzt, daß auf dem Lande eben nur rustici testiren werden. Den Beweis, daß die Beobachtung der regelmäßigen Testamentsform unmöglich gewesen sei, hat ohne Zweifel

4. Ein Testament, in welchem Ascendenten bloß zu Gunsten ihrer Descendenten verfügen, bedarf, wenn es schriftlich errichtet wird, gar keiner Zeugen [9]; es genügt ein schriftlicher Aufsatz, in welchem die Namen [10] der Descendenten, ihre Antheile [11] — diese mit Buchstaben, nicht mit Zahlzeichen — und das Datum von der eigenen Hand des Testators geschrieben sind [12]. Einsetzungen fremder Personen in einem solchen Testamente sind nichtig; Vermächtnisse an fremde Personen sind nur dann gültig, wenn sie vor Zeugen [13] bekräftigt worden sind [14]. Widerrufskraft hat ein solches Testament nicht, so daß es nur in Ermangelung eines früheren gültigen Testaments zu Recht besteht [15]. Ein mündliches Testament von Ascendenten zu Gunsten ihrer Descendenten erfordert die Zuziehung von zwei Zeugen [16. 17].

5. Nach canonischem Rechte bedürfen Verfügungen zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen gar keiner Form [18].

---

derjenige zu führen, welcher sich auf das Testament beruft. Ueber andere hier verhandelte Fragen s. die citirten Schriftsteller. Sf. II. 203, VIII. 62.

[9] S. g. testamentum parentum inter liberos. Dasselbe beruht auf l. 21 § 3 C. 6, 23, Nov. 107 c. 1. 2, R. O. II § 2. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 151—231. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Theile des bürgerlichen R. I Nr. 6 (1817). M. J. Euler de testamento et divisione parentum inter liberos (1820). Fritz Versuch einer historisch-dogmatischen Darstellung der Lehre vom Testament, welches Aeltern unter ihren Kindern errichten (1822). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel IV S. 21 fg. (1846). Sintenis III S. 375—377. Holzschuher II § 159. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 188 fg. [Sf. XLVII. 206]

[10] Vgl. Sf. II. 68. 71. Entscheid. zc. (⁹) S. 195 fg.

[11] Unterschrift des Testators wird in den Gesetzen nicht gefordert. Mühlenbruch S. 184. Dernburg III § 72, 4: nach jetzigem R. sei sie erforderlich.

[12] L. 21 § 4 cit., Nov. 107 c. 1 cit.

[13] Vor Zeugen, also vor wenigstens zwei. Diese Zeugen sind Beweiszeugen. — Jedoch ist dieser Punkt sehr streitig. Andere erfordern die für Vermächtnisse überhaupt, oder gar die für Testamente erforderliche Anzahl von Zeugen. Mühlenbruch S. 213 fg., Fein Forts. von Glück XLV S. 78. Das beste Argument für diese Meinung ist, daß es im griechischen Text heißt: „ἐπὶ τῶν μαρτύρων“: Die Zeugen werden als bekannt vorausgesetzt.

[14] Nov. 107 c. 2. Doch ist diese Auslegung der Novelle nicht unbestritten. S. Mühlenbruch S. 216 fg.; G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II Nr. 14.

[15] R. O. a. a. O.: „da kein ander ihr Testament zuvor gemacht abgethan würde“. Mühlenbruch S. 230.

[16] So versteht die herrschende Meinung die R. O. a. a. O. Freilich ist diese Auslegung bestritten und zweifelhaft. Mühlenbruch S. 219 fg. Sf. II. 70, XVII. 261. [[XLVII. 206]].

3. Oeffentliches Testament *.

§ 545.

Ein Testament kann auch durch Erklärung vor Gericht errichtet werden [1]. Die gerichtliche Erklärung kann entweder den letzten Willen im Einzelnen darlegen, oder sie kann sich beziehen auf eine dem Gericht übergebene, den letzten Willen enthaltende Urkunde [2]. In beiden Fällen muß die abgegebene Erklärung durch den Richter in der für richterliche Erklärungen erforderlichen Form beglaubigt

---

[17] Es gibt noch eine Reihe von andern Streitfragen in dieser Lehre. S. Mühlenbruch und Sintenis a. a. OO. Sf. II. 69.

[18] C. 11 vgl. c. 4 X. 3, 26. Mühlenbruch XLII S. 130 fg. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 338 fg. Schulte ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 157 fg. Sintenis III § 170 [25]. Die Vorschrift des c. R. ist zwar durch die R. O. nicht bestätigt, aber hier (vgl. § 540 [2]) derselben gegenüber durch Gewohnheitsr. festgehalten worden. — Das c. 11 cit. verlangt Beweis durch zwei oder drei Zeugen. Sind aber diese Zeugen wirklich nur Beweiszeugen, so liegt auf der Hand, daß auch jedes andere Beweismittel genügen muß. Freilich ist darüber lebhafter Streit, ob die Decretale nur von Beweiszeugen, und nicht vielmehr von Solemnitätszeugen zu verstehen sei. Für das Letztere Mühlenbruch und Sintenis; für das Erstere Pfeiffer und in ausführlicher Entwickelung Schulte, von den Aelteren besonders I. H. Boehmer ius eccl. prot. III 26 § 19, s. auch Holzschuher II § 158 Nr. 1, Sf. VIII. 149, XIV. 240, XXIV. 47. Dernburg III S. 137 [12] glaubt, daß die Decretale Errichtung der Verfügung in gehöriger Form voraussetze. — Die Decretale spricht nur von Verfügungen zu Gunsten einer Kirche. Die Ausdehnung auf milde Stiftungen beruht auf der Praxis. Doch ist über den Umfang dieser Ausdehnung ebenfalls Streit. S. Mühlenbruch S. 131—132, Holzschuher a. a. O. Nr. 2.

* Glück XXXIV S. 154 fg., 188 fg., Sintenis III § 168.

§ 545. [1] Das gerichtliche Testament ist anerkannt (nicht eingeführt) in l. 19 C. 6, 23 (vgl. Savigny Geschichte des r. R. im M. A. I S. 107 fg. der 2. Ausg., Glück S. 156 fg.); seine nähere Ausbildung beruht auf der Praxis. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 212 fg. — Competent ist jedes Gericht, welches die Civilgerichtsbarkeit hat, nicht bloß das nach den Regeln des Civilprocesses zuständige. Glück S. 203. — Erklärung vor Gericht: Sf. XIII. 45. — Vgl. überhaupt noch die angeführten Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 247—249.

[2] Glück S. 188. — Unterschrift des Testators ist nicht erforderlich. Sf. XVI. 231. [RG. XXXIV S. 161 fg. = Sf. L. 181.] — Ist der Testator blind, so muß ihm auch in diesem Falle die übergebene Urkunde vorgelesen und das Vorgelesene von ihm als sein letzter Wille anerkannt werden; denn sonst fehlt es an der Gewißheit des letzten Willens. Glück XXXIV S. 37—38. Sf. I. 355. Ist aber das Gleiche auch dann zu beobachten, wenn der Testator unfähig ist, Geschriebenes zu lesen? S. darüber Glück XXXIV S. 47 fg, Thibaut ACPra. VI. 226, Holzschuher II § 143 [7]. Sf. VIII. 273, XXI. 242.

werden [3]. Verwahrung der Testamentsurkunde im Gerichtsarchiv ist gewöhnlich, aber nicht nothwendig [4]. Abgabe der Erklärung durch einen Bevollmächtigten ist hier in gleicher Weise unzulässig, wie bei der Testamentserrichtung überhaupt [5]; ebensowenig kann die mündliche Erklärung durch eine schriftliche ersetzt werden [6]. Daß der Testator sich zum Gerichte begebe, ist nicht erforderlich; es kann sich auch das Gericht oder eine von dem Gericht beauftragte Deputation desselben zum Testator begeben [7, 8]. Wie durch eine vor Gericht, so kommt auch durch eine vor dem Landesherrn abgegebene Erklärung ein Testament zu Stande [9].

[Das BGB. kennt zwei ordentliche Testamentsformen, eine öffentliche und eine private; daneben für gewisse Fälle außerordentliche Formen. — Vgl. Tränkner Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. VII S. 345 fg. (1897), Meyer Bl. f. RAnw. LXIII S. 197 fg. 213 fg., (1898). Meischeider letztwill. Verfügungen § 11—15. [Brock das eigenhändige Testament. Berlin 1900. (Hallische gekr. Preisschr.), Hölder das eigenhändige Testament. Jahrb. f. Dogm. XLI S. 303 fg. (1900).]

I. Das öffentliche Testament ist das Testament vor einem Richter oder einem Notar (2231 Ziff. 1). Nach EG. Art. 141 kann das Landesrecht bestimmen, daß entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Vgl.

---

[3] Glück S. 189 fg. Sf. V. 194, IX. 308 (vgl. VI. 266), XVI. 60. Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 234 fg. 247. Datirung des Protokolls ist nicht erforderlich: RG. IX S. 201.

[4] Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 302 fg., Sintenis Anm. [6, 7], vgl. auch Holzschuher II § 154 Nr. 4. (A. M. Brinz 2. Aufl. II § 369 a. E.) Deßwegen bewirkt auch die Zurücknahme der Testamentsurkunde aus den Händen des Gerichts keine Aufhebung des Testaments. Glück S. 218 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 301 fg., Sintenis III § 179 [35], Vangerow II § 460 Anm. Nr. III a. E. Sf. XXIV. 46.

[5] Streitig. Für die hier vertretene Ansicht: Glück a. a. O. S. 191 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 305 fg., Guyet ACPra. XIII S. 254 fg., Sintenis Anm. [5], Holzschuher II § 154 Nr. 3, Sf. II. 200, XI. 263.

[6] Es ist die Idee abzuweisen, als komme ein Testament dadurch zu Stande, daß eine den letzten Willen enthaltende Urkunde in gerichtliche Verwahrung gebracht wird. Mühlenbruch a. a. O. S. 303 fg., Sintenis Anm. [8].

[7] Glück S. 189.

[8] Ueber das Erforderniß der unitas actus beim gerichtlichen Testament s. Frank APraktRW. VI S. 374 fg. (Holzschuher II § 154 Nr. 6). Sf. XIX. 102, XXIV. 127.

[9] L. 19 C. cit. S. auch Nov. Val. III. tit. XX. 1 (ed. Hänel p. 190). Diese Constitutionen haben nur den Fall im Auge, wo die Erklärung des letzten Willens durch Beziehung auf eine zugleich überreichte Urkunde erfolgt. Glück a. a. O. S. 165 fg., Sintenis Anm. [9].

hierzu Stammler deutsche Juristen-Zeit. II (1897) S. 434 fg.; andererseits Bruck ABR. XIV S. 219 fg.

1. Der Richter muß einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen (2233). Das Landesrecht kann bestimmen, daß der Richter statt des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen eine besonders dazu bestellte Urkundsperson zuziehen kann (EG. 149). Sämmtliche Mitwirkende müssen, bei Meidung der Nichtigkeit, während der ganzen Verhandlung zugegen sein (2239).

Unfähig zu jeder Art der Mitwirkung sind: der Ehegatte des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; (2234 Ziff. 1, EG. 149), ferner wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist (2234 Ziff. 2, vgl. 1590 Abs. 2, EG. 149). Wird ein danach Unfähiger zugezogen, so ist das Testament nichtig. Unfähig zur Mitwirkung jeder Art ist auch, wer im Testament bedacht wird oder zu einem Bedachten in einem Verhältniß der zuvor bezeichneten Arten steht (2235 Abs. 1, EG. 149). Wirkt eine hiernach unfähige Person mit, so ist nicht das ganze Testament nichtig, sondern nur die Zuwendung an den mitwirkenden Bedachten oder an denjenigen Bedachten, zu welchem der Mitwirkende in jener Beziehung steht (2235 Abs. 2, EG. 149). Die sonstigen Verfügungen des Testaments sind nur dann nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie nicht ohne die nichtige Verfügung getroffen haben würde (2085).

Unfähig zur Mitwirkung als Gerichtsschreiber, zweiter Notar oder Zeuge oder landesrechtliche Urkundsperson ist auch, wer zu dem Richter oder dem ersten Notar in einem Verhältniß der im § 2234 bezeichneten Art steht; die Folge der Zuziehung eines danach Unfähigen ist die Nichtigkeit des ganzen Testaments (2236, EG. 149).

Untauglich als Zeugen sind Minderjährige; solche, welche der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, während der Zeit, für welche die Aberkennung erfolgt ist; solche, welche nach Vorschrift der Strafgesetze unfähig sind, als Zeuge eidlich vernommen zu werden; endlich wer als Gehülfe oder Gesinde im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht. Solche Personen sollen nicht als Zeugen zugezogen werden (2237), ihre Zuziehung macht das Testament also nicht nichtig.

Außer den dem Gesetz unmittelbar zu entnehmenden Gründen der Unfähigkeit läßt sich noch ein weiterer mit Sicherheit ableiten. Da jeder Mitwirkende das Protokoll unterzeichnen muß (2242 Abs. 3), so ist eine schreibensunkundige oder schreibensunfähige Person zur Mitwirkung unfähig. Andere Gründe der Unfähigkeit aber sind nicht aufzustellen. Man wird vernünftiger Weise einen Geisteskranken, Tauben, Stummen nicht zuziehen, wenn man diese ihre Eigenschaft kennt. Erklärt man aber solche Personen für rechtlich unfähig zur Mitwirkung (was im Sinne der Mot. [V S. 269] allerdings liegt), so setzt man das Testament der Nichtigkeit aus, wenn eine solche Person zugezogen wurde, weil jene Eigenschaft unbemerkt blieb. Es besteht aber gar kein Anhalt im Gesetz für eine solche Nichtigkeit, und es ist auch praktisch nicht einzusehen, weßhalb sie eintreten sollte. Es sind doch mehrere Urkundspersonen vorhanden, und der Testator selbst controlirt die Beurkundung. Der Umstand, daß ein Zeuge

z. B. geisteskrank oder taub war, kann die Glaubwürdigkeit der Beurkundung nicht so weit erschüttern, daß man den ganzen Act als nichtig ansehen müßte.

2. Die Errichtung des Testamentes erfolgt entweder dadurch, daß der Erblasser dem Richter oder Notar den letzten Willen mündlich erklärt, oder dadurch, daß er dem Richter oder Notar eine Schrift (offen oder verschlossen, eigenhändig oder nicht) mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte (2238 Abs. 1).

Ueber die Errichtung des Testamentes muß ein Protokoll aufgenommen werden und zwar in deutscher Sprache (2240); dessen nothwendigen Inhalt ergibt § 2241. Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm unterschrieben werden; daß dieß geschehen ist, muß das Protokoll feststellen. Das Protokoll soll dem Erblasser auf sein Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden (2242 Abs. 1). Endlich müssen die mitwirkenden Personen das Protokoll unterschreiben. Das Gesetz unterscheidet den Worten nach die Errichtung des Testaments (2238) und die Aufnahme des Protokolls über die Errichtung (2240). Hieraus könnte man folgern wollen, daß die Errichtung mit der mündlichen Erklärung des letzten Willens oder mit der Uebergabe der Schrift nebst entsprechender Erklärung bereits vollendet, die Aufnahme des Protokolls dagegen nur eine Zuthat wäre, die der Erblasser nicht zu erleben brauchte. Allein die Art, in welcher die Mitwirkung des Erblassers bei der Aufnahme des Protokolls selbst als wesentlich gefordert wird (2242), stellt sich dieser Auffassung entscheidend entgegen.

Die Versiegelung des Protokolls nebst Anlagen (insbesondere bei Errichtung durch Schriftübergabe nebst der übergebenen Schrift), Verbringung in amtliche Verwahrung und Ertheilung eines Hinterlegungsscheines sind instructionell vorgeschrieben (2246), aber nicht wesentlich; es ist also insbesondere auch der Gültigkeit des Testaments nicht hinderlich, wenn der Erblasser vor diesen Acten stirbt.

3. Nicht besondere selbständige Testamentsformen, sondern nur Modificationen des bisher beschriebenen öffentlichen Testaments sind die folgenden:

a) Wenn der Erblasser erklärt, daß er nicht schreiben könne, gleichviel ob das wahr ist oder nicht, so wird seine Protokollunterschrift durch die Feststellung jener Erklärung im Protokoll ersetzt (2242 Abs. 2).

b) Wer nach der Ueberzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, kann das Testament nur durch Uebergabe einer Schrift errichten, nicht etwa durch Zeichen. Er muß die Erklärung, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß. Das eigenhändige Niederschreiben dieser Erklärung, sowie die Ueberzeugung des Richters oder des Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokolle festgestellt werden. Das Protokoll braucht von dem Erblasser nicht besonders genehmigt zu werden, d. h. nicht anders genehmigt zu werden, als durch die Unterzeichnung des Protokolls (2243). Wenn der Testator in Wahrheit zu sprechen nicht verhindert war, so kann aus dem Mangel der mündlichen Erklärung, die übergebene Schrift enthalte seinen letzten Willen,

und aus dem Mangel der besonderen Genehmigung des Protokolls die Nichtigkeit des Testamentes im Allgemeinen nicht abgeleitet werden; es genügt, daß der Richter oder Notar die wenn auch irrige Ueberzeugung hatte, der Testator könne nicht sprechen, und daß diese Ueberzeugung im Protokoll festgestellt ist. Anders kann man nur dann entscheiden, wenn erweislich der Richter oder Notar jene Ueberzeugung nicht gehabt und nur fälschlich beurkundet hat; in diesem Falle wird das Testament allerdings für nichtig zu halten sein; der Fall wird aber wohl niemals vorkommen.

c) Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, ohne Rücksicht darauf, ob das wahr ist oder nicht, so muß ein vereideter Dolmetscher zugezogen und nach näherer Maßgabe des § 2244 verfahren werden. Sind aber sämmtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig, so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nicht erforderlich (2245); ob jene Versicherung wahr ist, darauf kommt es wiederum nicht an.

II. Das private Testament wird errichtet durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (2231 Ziff. 2). Gibt der Erblasser Ort oder Tag falsch an, so ist das Testament nichtig; denn wenn das Gesetz die Angabe des Ortes und des Tages verlangt, so kann sich das nur auf den wahren Errichtungsort und -Tag beziehen, und sind diese nicht angegeben, so fehlt es an einer wesentlichen Form (Mantey Gruch. Beitr. XLIII S. 641 fg. 1899, Endemann III § 27 zu [16], Frommhold zu § 2231 unter 2, b, Brock S. 84 fg. A. M. Strohal § 21 [21], Tränkner S. 354, Matthiaß II S. 412 zu [2], Cosack II § 353 zu [2]). Unter den Gegengründen ist der bestechendste, daß man auf dem Boden der WO. Art. 4 Ziff. 6 die Richtigkeit der Datirung nicht fordert (Strohal). Allein die Verhältnisse des Wechsels und die des Testaments sind doch sehr verschieden. Daß das Testament gültig ist, wenn der Erblasser bei der Angabe von Ort oder Zeit einen Irrthum begeht, der aus dem Testament selbst berichtigt werden kann, ist mit Brock a. a. O. anzuerkennen; denn dann ist es doch das Testament, welches den richtigen Ort und die richtige Zeit angibt. In dem Beispielsfalle Brocks: Jahr 1601 statt 1901 geschrieben, erfolgt aber die Berichtigung nicht aus dem Testament, sondern aus der Kenntniß von der Lebenszeit des Erblassers und anderen Indizien, und in der That wird man mit Hölder S. 310 fg. es für ausreichend halten müssen, wenn der Erblasser Ort und Zeit, die er sich richtig vorstellte, auch richtig angeben wollte, und solche Angaben gemacht hat, aus denen, wenn auch nur unter Zuhülfenahme von Erkenntnißmitteln, die außerhalb des Testaments liegen, Tag und Ort sicher erkannt werden können; z. B. er hat am 1. März testirt und den Tag irrig als 29. Februar bezeichnet. Ueber weitere Fragen, namentlich für den Fall, daß die Errichtung des Testaments sich über verschiedene Tage erstreckt, s. namentlich Hölder a. a. O. bes. S. 315 fg.

Unmöglich ist das eigenhändige Testament für denjenigen, der nicht schreiben kann; aber auch derjenige, der zwar Schriftzüge malen, sie aber selbst nicht lesen kann, ist gesetzlich von dieser Testamentsform ausgeschlossen, also namentlich der Blinde. Das Gleiche gilt von dem Minderjährigen (2247). Das Privattestament

ist auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen und ein Hinterlegungsschein darüber zu ertheilen (2248).

III. Die außerordentlichen Testamentsformen.

1. Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder vor einem Notar möglich ist, so kann das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde des Aufenthaltsorts und, wenn sich der Erblasser in dem Bereich eines landesrechtlich einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirkes errichtet werden. Der Vorsteher tritt an die Stelle des Richters oder Notars; er muß zwei Zeugen zuziehen; im Uebrigen ist alles so, wie bei dem gerichtlichen oder notariellen Testament. Die Besorgniß muß in dem Protokolle festgestellt werden; es ist aber unerheblich, ob sie begründet ist (2249). Das Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt (2252 Abs. 1). Die Frist läuft nicht, solange der Erblasser außer Stande ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten (2252 Abs. 2). Todeserklärung s. 2252 Abs. 4.

2. Wer sich an einem Orte aufhält, der in Folge des Ausbruchs einer Krankheit oder in Folge sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, kann das Testament errichten in der unter 1 bezeichneten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen; auch letzteren Falls ist ein Protokoll aufzunehmen. Die Vorschriften über Fähigkeit und Tauglichkeit der Zeugen und über die Protokollirung sind bei dem Dreizeugentestament die gleichen wie beim gerichtlichen und notariellen Testament; nur kommen natürlich § 2236. 2237 Ziff. 4 nicht in Betracht. Unter Zuziehung eines Dolmetschers kann das Testament vor drei Zeugen nicht errichtet werden, wohl aber kann es in fremder Sprache errichtet werden, wenn alle Zeugen versichern, die Sprache des Erblassers zu verstehen; daß dieß wahr sei, ist nicht nöthig (2250). Die Thatsache der Absperrung in der vom Gesetz vorgesehenen Weise muß wahr sein; wurde sie irrig angenommen, so ist das Testament nichtig. Andererseits ist die Feststellung jener Thatsache im Protokoll als wesentliche Form nicht vorgeschrieben. Sowohl für das Testament vor dem Ortsvorsteher wie für das Dreizeugentestament gelten in Betreff des Außerkrafttretens die gleichen Vorschriften wie im Falle 1 (2252 Abs. 1. 2. 4.).

3. Das Dreizeugentestament ist auch zuläßig, während einer Seereise außerhalb eines inländischen Hafens an Bord eines deutschen nicht zur kaiserlichen Marine (s. unt. 4) gehörigen Fahrzeuges (2251). Auch hier gilt über das Außerkrafttreten des Testaments das Gleiche, wie in den vorigen Fällen; die Frist wird aber unterbrochen, wenn vor ihrem Ablauf der Erblasser eine neue Seereise antritt (2252).

4. In Kraft bleiben die Vorschriften des Reichsmilitärgesetzes über das Militärtestament. Diese Vorschriften sind durch EG. z. BGB. Art. 44 unter genauerer Regelung ausgedehnt auf die kaiserliche Marine.]

D. Inhalt des Testaments.

1. Die Erbeseinsetzung *.

a. Voraussetzungen ihrer Gültigkeit.

α. Erfordernisse der Erklärung.

§ 546.

Von dem möglichen Inhalt eines Testaments (§ 538) kommt hier allein die Erbeseinsetzung in Betracht. — Damit eine gültige Erbeseinsetzung vorliege, ist erforderlich, daß die Erklärung, in welcher die Erbeseinsetzung enthalten ist,

1) verstanden werden könne. Bloße Undeutlichkeit ist durch Auslegung zu beseitigen, und gerade bei letztwilligen Verfügungen ist der Auslegung besonders freie Hand gewährt [1]; läßt sich aber trotzdem zu keinem bestimmten Resultate gelangen, so kann der Erklärung eben keine Folge gegeben werden [2].

[Nach BGB. unterstehen letztwillige Verfügungen den gleichen Auslegungsgrundsätzen wie Rechtsgeschäfte überhaupt (133), aber auch der besonderen Vorschrift, daß im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann (2084). Daß eine Verfügung unwirksam ist, wenn man bei ihrer Auslegung zu einem bestimmten Resultate überhaupt nicht kommen kann, bleibt auch nach BGB. im Allgemeinen zutreffend; der in Note [2] beregte Fall der Undeutlichkeit aber wird im BGB. auf dem Wege gelöst, daß die mehreren in Frage Kommenden als zu gleichen Theilen eingesetzt oder sonst bedacht gelten (2073).]

---

* Inst. 2, 14 Dig. 28, 5 de heredibus instituendis. Cod. 6, 24 de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. — Mühlenbruch Fortſ. von Glück XXXIX S. 116 fg. XL S. 1 fg., Arndts im RLex. III S. 907—939.

§ 546. [1] S. I § 84 [6]. Eigene Auslegung des Testators: l. 21 § 1 D. 28, 1. Vgl. über die Auslegung letztwilliger Verfügungen überhaupt Elvers Themis N. F. I S. 256—277, und aus Sf. a) im Allgemeinen: IV. 163, IX. 182; VII. 67, XV. 31; III. 181; V. 196, XVII. 163; XVIII. 59; b) im Einzelnen: IV. 133, IX. 183 und S. 320, XIII. 103, XIV. 45, XX. 110, XXV. 38, XL. 28 (Bedeutung des Ausdruckes „Kinder"); IV. 65, VII. 66, VIII. 158, XXXIV. 313 („Erben"); XIII. 318 („Intestaterben"); X. 269. 275, XII. 242, XVII. 68, XXXI. 47. 48 [LII. 245] („nächste Verwandte"); II. 201, VIII. 151; XIX. 292; XXIX. 248; XXXV. 298. [vgl. BGB. 2066—2072].

[2] L. 2 D. 34, 8, l. 73 § 3 D. 50, 17. L. 63 [62] § 1 D. 28, 5: „Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et (ut?) ad designationem singulari nomine utatur; nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit". L. 33 § 1 D. 35, 1. Vgl. l. 30 D. 26, 2. Mühlenbruch XL S. 194—197.

2) Die Erklärung muß ächt sein, d. h. sie muß wirklich vom Testator herrühren. Um der Gefahr der Fälschung vorzubeugen, ist vorgeschrieben [3], daß Verfügungen zu Gunsten des Schreibers des Testaments ungültig sein sollen [4], wenn nicht der Testator sie eigenhändig bestätigt hat [5], oder der Schreiber der einzige Intestaterbe ist [6].

[Im BGB. gilt das Gesagte in dieser Form nicht. S. aber 2235 und dazu ob. S. 224.]

3) Eine bestimmte Form der Erklärung ist nicht erforderlich; es genügt, daß aus den gebrauchten Worten mit Sicherheit der Erbeseinsetzungswille erkannt werden könne [7]. Namentlich ist der Gebrauch des Wortes „Erbe" nicht erforderlich, wie umgekehrt aus

---

[3] Durch ein senatus consultum Libonianum (a. u. 769) und weitere sich daran anschließende Gesetze.

[4] L. 1 § 8. l. 5. 6. 10. 11. 14. 15. 17. 18. 22 D. 48, 10, l. 1. 5 D. 34, 8, tit. Cod. 9, 23 de his qui sibi adscribunt in testamento. Vangerow II § 433 [2], Sintenis III S. 383—385, Keller Institutionen S. 361—368, Sf. XXXV. 224. Das SC. Libonianum verhängte Nichtigkeit der Verfügung nicht direct; sein unmittelbarer Inhalt war, daß den Schreiber der Verfügung die Strafe der lex Cornelia treffen solle. Vgl. l. 1 D. 34, 8. — Nichtig ist jede Verfügung irgend welcher Art zu Gunsten des Schreibers. L. 3 C. tit. cit.; l. 1 D. 34, 8, l. 6 pr. D. 48, 10, l. 22 § 6 eod., l. 6 § 1 eod.; l. 6 § 2. l. 22 § 7 eod.; l. 22 § 11 eod.; l. 15 § 2. l. 22 § 9 D. eod., l. 6 C. tit. cit.; l. 81 § 1 D. tit. cit., l. 29 D. 26, 2. — Verfügungen zu Gunsten einer dem Schreiber nahe verbundenen Person unterliegen der Nichtigkeit nicht. L. 11 § 1. l. 18 pr. l. 22 § 2. 5 D. 48, 10. Dagegen soll nach r. R. ebenfalls nichtig sein die Verfügung zu Gunsten des Kindes, welches der Schreiber in der Gewalt hat, des Vaters, in dessen Gewalt er steht, und des Geschwisters, welches mit ihm in der Gewalt desselben Vaters steht — weil in diesen Fällen nach classischem Re bei Gültigkeit der Verfügung die gleiche Wirkung eingetreten wäre, als wenn die Verfügung zu Gunsten des Schreibers selbst gelautet hätte. L. 14 pr. l. 10 pr. D. eod. Da der bezeichnete Grund für das heutige R. nicht mehr wahr ist, so gilt auch der daraus hergeleitete Satz nicht mehr; in dem zuerst bezeichneten Fall erwirbt das Kind das Hinterlassene als pec. adventicium extraordinarium. Vgl. l. 11 pr. D. eod.; l. 14 § 2. l. 17 eod., l. 5 D. 34, 8. — Das SC. Libonianum gilt schon nach r. R. auch für Soldatentestamente, l. 15 § 3 D. 29, 1. – Anwendbarkeit desselben auf gerichtliche Testamente: Sf. I. 255, XI. 54, XVII. 260.

[5] L. 1 § 8. l. 14 pr. l. 15 § 1. 2. 3 D. 48, 10, l. 2. 6 C. 9, 23. Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. [18].

[6] L. 1 C. 9, 23, vgl. l. 6 § 3. l. 14 § 2 D. 48, 10.

[7] So verfügten die Söhne Constantins im Jahre 339. L. 15 C. 6, 23. Vorher waren für die Erbeseinsetzung verba imperativa nothwendig. Gai. II, 117, Ulp. XXI. Gebrauch der griechischen Sprache: l. 21 § 6 C. eod., vgl. Nov. Theod. II. tit. XVI § 8 (— „quoniam Graece iam testari concessum est"). Glück XXXIV S. 309 fg.

dem Gebrauch dieses Wortes nicht mit Nothwendigkeit folgt, daß wirklich eine Erbeseinsetzung, und nicht ein Vermächtniß, gewollt sei[8]. Ebensowenig ist erforderlich, daß der einzusetzende Erbe mit Namen bezeichnet sei, wenn nur die angegebenen Merkmale über seine Person keinen Zweifel lassen[9]. Es kann auch die Person des Erben so wie der Erbtheil in einer besonderen Urkunde bezeichnet werden[10]. Selbst durch die einer anderen Verfügung hinzugefügte Bedingung kann der Erbeseinsetzungswille seinen gehörigen Ausdruck finden[11].

[Auch nach BGB. reicht es aus, daß in irgend einer Form der Erblasser dem Bedachten sein Vermögen oder einen Bruchtheil desselben zuwendet, um die Verfügung als Erbeseinsetzung erscheinen zu lassen. Daher kann unzweifelhaft

[8] Es darf nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß der Erblasser die Worte „Erbe", „Vermächtniß", „vermachen" in ihrem technisch-juristischen Sinne verstanden habe. Selbst bei den Römern, die es mit dem Ausdrucke „heres" strenge nahmen, war dieser Ausdruck nicht schlechthin entscheidend. L. 13 § 1 D. 29, 7; s. andererseits l. 1 § 5. 6 D. 28, 5. Vgl. Mühlenbruch S. 232 fg., Neuner heredis institutio ex re certa S. 536 fg., Sintenis III S. 393. 394, Unger § 8[2. 4], Sf. VIII. 157, XIII. 153, XXXII. 62, XXXIII. 140. Vgl. § 552[8], § 553[3. 16].

[9] L. 9 § 8. 9 D. 28, 5. S. auch l. 49 [48] § 1. l. 59 [58] § 1 eod., und vgl. l. 34 pr. D. 35, 1. Erbeseinsetzung durch Bejahung einer Frage: Sf. XXIX. 36. [vgl. LIII. 257.]

[10] S. g. testamentum mysticum. L. 78 [77] D. 28, 5. l. 10 D. 28, 7. Sf. XI. 55. 57. Ob dieß auch beim mündlichen Testament zulässig sei, ist sehr bestritten. Dagegen u. A. Glück XXXV S. 14 fg., Sintenis III § 171[40]; dafür u. A. Arndts RLex. a. a. O. S. 919[77], Fein Forts. von Glück XLV S. 125[94], Holzschuher II § 162; weitere Literatur bei diesem und bei Glück. Mir scheint entscheidend zu sein, daß auch beim schriftlichen Testament die den Namen des Erben enthaltende Urkunde von den Zeugen nicht mit unterschrieben und besiegelt zu werden braucht, also den Feierlichkeiten des Testaments nicht mit unterworfen ist. Vgl. noch § 628[1 a. E. 16]. [Der Nachzettel ist nur dann gültig, wenn sich die Verfügung als im Testament getroffen darstellt, der Nachzettel nur zur demonstratio des Honorirten, des Erbtheils u. s. w. dient. RG. XXXI S. 168 fg.]

[11] Z. B. „Ich setze meinen Freund Titius zum Erben ein, aber nur unter der Bedingung, daß mein Freund Sejus nicht Lust haben sollte, meine Erbschaft zu nehmen". Oder: „Ich setze meinen Freund Titius zum Erben ein; sollte er vor mir und zwar ohne Hinterlassung von Kindern sterben, so soll Sempronius mein Erbe sein". — Anders die herrschende Meinung (positus in condicione non est positus in dispositione), Mühlenbruch XL S. 234 fg., Arndts RLex. III S. 918[75], Sintenis III § 172[4], Unger § 14[2], Brinz 2. Aufl. III S. 80, vgl. auch Sf. XVIII. 152; dagegen Vangerow II § 449[1], Köppen System des heutigen röm. Erbr. im Grundriß (Würzburg 1867) S. 31, Wendt Pand. § 350[6], Sf. XIX. 165, XXIII. 150. Vgl. RG. X S. 113. Nach classischem r. R. freilich war eine stillschweigende Erbeseinsetzung dieser Art unmöglich (s. l. 19 D. 28, 5, l. 16 D. 28, 6 — in l. 86 [85] D. 28, 5 werden die in der Bedingung Bezeichneten als Intestaterben gedacht —); aber es handelt

die Erbeseinsetzung auch in einem Bedingungssatze enthalten sein. Das testamentum mysticum ist dem BGB. nicht bekannt. Die Erbeseinsetzung, welche den Erben nicht bestimmt, ist wirkungslos. Die spätere Nennung des Erben kann aber eine selbständige Erbeseinsetzung und als solche gültig sein, wenn sie den Anforderungen an ein eigenhändiges Testament entspricht (2231 Ziff. 2. 2247) oder in einer anderen zulässigen Form erfolgt.]

4) Die Erklärung muß den wirklichen Willen des Erblassers enthalten, und so ist namentlich die Erbeseinsetzung nichtig, welche in Folge eines Irrthums dem wirklichen Willen nicht entspricht[12].

[Im BGB. ist die irrige Einsetzung nicht nichtig, sondern anfechtbar (2078); s. das Genauere zu § 548 S. 240 fg.]

5) Die Erklärung muß endlich den vollständigen Willen des Erblassers enthalten; ist dieß nicht der Fall, so gilt auch der wirklich erklärte Theil des Willens nicht[13].

[Das BGB. entscheidet nur über den Fall, daß einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, die Ergänzung aber unterblieben ist. Alsdann soll die Verfügung im Zweifel wirksam sein (2086). Hier handelt es sich

sich darum, ob dieß nicht durch l. 15 C. 6, 23 (7) geändert worden ist, und diese Frage glaube ich, darf nicht verneint werden. Ebenso unrichtig freilich wäre es, wenn man umgekehrt schlechthin behaupten wollte: positus in condicione est positus in dispositione. Mühlenbruch S. 235. 236. — In gleicher Weise kann auch in einer bedingten Enterbung eine Erbeseinsetzung liegen. Vgl. § 589[3].

[12] L. 3 D. 34, 5. L. 9 pr. D. 28, 5. „Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans . . placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est". Ebenso gilt, wenn dem Erben irrthümlicherweise ein größerer Antheil zugeschrieben wird, als beabsichtigt ist, die Verfügung nur für den wirklich gewollten Antheil, für diesen aber auch wirklich, „quoniam inest quadrans in semisse", l. 9 § 3 D. 28, 5. Für den umgekehrten Fall, wo Mehr gewollt als geschrieben ist, wird in l. 9 § 2 D. 28, 5 die auffallende Entscheidung gegeben, daß die Verfügung für den gewollten größeren Theil zu R. bestehen solle. Vgl. auch l. 7 C. 6, 23. Mühlenbruch XXXVIII S. 440, Vangerow II § 433[1] Nr. I. 3 a. E., Keller Instit. S. 379. 380.

[13] L. 25 D. 28, 1. „Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius quam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum lib. I. Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse". Mühlenbruch XXXVIII S. 415 fg. Ebenso ist die Erbeseinsetzung nichtig, wenn der Erblasser eine Bedingung nicht hinzugefügt hat, die in seinem Willen lag: l. 9 § 5. 6 D. 28, 5. Anders, wenn eine bei der Erbeseinsetzung vorbehaltene Bedingung sich im Testament nicht vorfindet: l. 8 C. 6, 25. Mühlenbruch a. a. O. S. 422 fg., Vangerow II § 433[1] Nr. I. 4, Sintenis III § 171[46], Unger § 13[7]; Sarwey AcPra. XIX. 5.

darum, daß der Erblasser für jetzt mit seinen Verfügungen zu Ende kommt und nur weitere Verfügungen in Aussicht genommen hat. Wenn dagegen der Erblasser die für jetzt beabsichtigten Verfügungen nur unvollständig von sich gibt, das jetzt beabsichtigte letztwillige Rechtsgeschäft also nicht zu Ende führt, so soll das Testament nach Ansicht der Mot. V S. 32 aus allgemeinen Erwägungen nichtig sein. Dieß ist als zutreffend anzuerkennen, jedoch zweierlei zu bemerken: Wenn das eigenhändige Testament bis zur Unterschrift, das sonstige bis zur Protokollunterzeichnung gediehen ist, so wird im Zweifel das dermal intendirte letztwillige Geschäft auch als inhaltlich vollendet anzusehen sein; ist der Errichtungsact aber bis dahin nicht vorgeschritten, so ist das Testament schon wegen nicht vollendeter Form nichtig.]

β. Erforderniſſe des Willens.

aa. Bestimmtheit und Entschiedenheit des Willens.

§ 547.

Der Erbeseinsetzungswille muß die gehörige Bestimmtheit haben[1]. Aus diesem Grunde ist ungültig:

1) die Einsetzung eines durch den nackten Willen eines Dritten zu Bestimmenden[2], es müßte denn zugleich der Kreis der Personen bezeichnet sein, aus welchem der Dritte die Auswahl treffen soll[3].

---

§ 547. [1] Ulp. XXII, 4: — „certum consilium debet esse testantis". Vgl. Leonhard Irrthum S. 156[2].

[2] L. 32 pr. D. 28, 5. Illa institutio 'quos Titius voluerit', ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere". Das ältere R. ging viel weiter und erklärte für ungültig die Erbeseinsetzung einer jeden incerta persona, „quam per incertam opinionem animo suo testator subicit". Aus diesem Grunde war im älteren R. ungültig die Einsetzung: a) eines durch ein künftiges Ereigniß zu Bestimmenden, z. B. des künftigen Ehemannes der Tochter; b) eines zur Zeit der Einsetzung noch Ungeborenen (postumus); c) einer juristischen Person. Ulp. XXII, 4—6. 19, Gai. II, 238—242. In Betreff des postumus suus half aber bereits das Civilr., in Betreff des postumus alienus das prätorische Edict (pr. I. 3, 9); in Betreff der juristischen Person s. § 535, 2; auch den ersten Fall der Ungültigkeit hat Justinian beseitigt in einer griechischen, unvollständig restituirten Constitution (s. g. constitutio de incertis personis, vgl. l. un. C. 6, 48), welche er erwähnt und bestätigt in § 27 I. 2, 20. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 351 fg., Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 289 fg., Heimbach das. N. F. V S. 1 fg., Schmidt formelles R. der Notherben S. 25 fg., Vangerow II § 429[3], Arndts Forts. von Glück XLVI S. 398 fg., Leist das. Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 29 fg., Sf. XVII. 262.

[3] Keiner der beiden im Texte bei [3] bezeichneten Sätze ist in den Quellen für Erbeseinsetzungen bezeugt. Aber es unterliegt keinem Bedenken, das in dieser Beziehung für Vermächtnisse Geltende (§ 633[19], § 625[12], § 633[15 c.]) auf die Erbeseinsetzung zu übertragen. Vgl. l. 69 [68] D. 28, 5, l. 52 D. 35, 1. A. M. Arndts RLex. III S. 920[88], Unger § 15[4]. S. andererseits Mayer § 16[4]. — Aus dem zuerst genannten Satz folgt, daß es auch zulässig ist, die

Anders wenn die Bezeichnung des Erben nicht auf den nackten Willen, sondern auf das vernünftige Ermessen des Dritten gestellt ist[3].

[Nach BGB. kann der Erblasser die Bestimmung der Person des Eingesetzten auch nicht einer nach vernünftigem Ermessen zu treffenden Auswahl eines Dritten und auch nicht der Wahl eines Dritten aus einem bestimmten Kreise überlassen (2065 Abs. 2).]

2) Ebenso ist ungültig die Erbeseinsetzung, deren Wirksamkeit von dem nackten Willen eines Dritten abhängig gemacht ist[4]. Dagegen ist es nicht unzulässig, die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung von der Handlung eines Dritten abhängig zu machen, wenngleich die Vornahme oder Nichtvornahme dieser Handlung ganz in der Willkür des Dritten steht[5]; nicht unzulässig auch, die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung von dem vernünftigen Ermessen eines Dritten abhängig zu machen[6], vorausgesetzt daß es wirklich die Meinung

Bestimmung der Antheile der eingesetzten Erben einem Dritten zu überlassen. — Ist aber das r. R. nicht ganz beseitigt worden durch c. 13 X. 3, 26? „In secunda quaestione dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus". Dawider mit Recht die herrschende Meinung und die Praxis. Die erwähnten Worte sind ein Stück aus einer Decretale, in welcher Innocenz III. nicht das r. R. abändern wollte, sondern nur für Geistliche das ihnen damals zustehende, auf Herkommen beruhende R., in der bezeichneten Weise über ihren Nachlaß zu verfügen, anerkannte; die eigentliche Absicht des Papstes war, zu entscheiden, daß durch eine Verfügung dieser Art das R. des Bischofs, den Nachlaß eines ohne Testament gestorbenen Geistlichen seiner Diöcese einzuziehen, ausgeschlossen werde. Hätte der Papst das r. R. abändern wollen, so würde er dieß gewiß irgendwie angedeutet haben, und hat er nur ein bestehendes Gewohnheitsr. anerkannt, so ist dieses Gewohnheitsr., wenn selbst es nicht bloß für Geistliche bestanden haben sollte, längst verschwunden. S. namentlich Glück XXXIII S. 477 fg. XXXIV S. 1 fg., Vangerow II § 432 Anm. Nr. 4; Holzschuher II § 147 Nr. 6. A. M. Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31[18], und neuerdings Arndts Forts. von Glück XLVI S. 362 fg., Dernburg III § 76 zu [4. 5], Sf. XXXIII. 237. Aber wenn man bedenkt, daß es zwar ein sehr gesunder Gedanke ist, daß der Erblasser bei seiner Verfügung die Einsicht Dritter und ihre bessere Kenntniß der Verhältnisse zur Zeit seines Todes soll verwerthen dürfen (Note [3] zweiter Satz), aber ein recht ungesunder, daß er von seiner Macht zu Gunsten Dritter einfach soll abdanken können, so wird man gewiß Veranlassung haben, für jene angebliche Neuerung des c. R. den striktesten Beweis zu verlangen. Gegen Arndts auch F. Serafini Arch. giur. III p. 166 sqq. Dernburg a. a. O. nimmt an, daß die Praxis die römische Regel wiederhergestellt habe.

[4] 'Si Titius voluerit, Sempronius heres esto'. L. 69 [68] D. 28, 5, vgl. l. 52 D. 35, 1. Vgl. § 633[17].

[5] L. 69 [68] D. 28, 5, l. 23 § 2 eod., vgl. l. 52 D. 35, 1.

[6] Auch dieß ist in den Quellen nur für Legate bezeugt (§ 633[15 lit. c]), nicht für Erbeseinsetzungen, aber s. Note [3]. Vgl. Sintenis III § 171[7].

des Testators gewesen ist, daß die von dem Dritten gemachte Entscheidung wegen Unvernünftigkeit solle angefochten und aufgehoben werden können [7].

[Nach BGB. kann der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein Anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll (2065 Abs. 1). Danach kann auch die Erbeseinsetzung nicht von der Bedingung des Wollens eines Andern abhängig gemacht werden und ebensowenig von einer solchen Willkürhandlung eines Dritten, die nur als Zeichen seiner Zustimmung benutzt werden soll. Wohl dagegen ist zulässig die Bedingung einer solchen Handlung des Dritten, an deren Vornahme der Erblasser wenigstens möglicher Weise ein selbständiges, seinen Erbeseinsetzungswillen bedingendes Interesse nimmt. Zulässig ist auch, eine Bedingung anderer Art in der Weise zu stellen, daß ein Dritter zu entscheiden haben soll, ob die Bedingung erfüllt ist, und selbst das ist nicht unzulässig, daß die Entscheidung des Dritten hierüber eine unanfechtbare sein soll (Prot. der II. Comm. S. 6605 fg.)]

3) Eine disjunctive Einsetzung Mehrerer wird dadurch aufrecht erhalten, daß sie als conjunctive Aller gedeutet wird [8]. —

[Der erste Entw. BGB. § 1769 Abs. 1 hatte dieselbe Bestimmung. Sie ist aber von der II. Commission gestrichen worden, (Prot. S. 6615 fg.), um in Fällen der fraglichen Art der Auslegung vollkommen freie Hand zu verschaffen. Als mögliche Ergebnisse hebt die Commission hervor: Substitution, oder aber Unfertigkeit des Willens des Erblassers und daher Nichtigkeit der Verfügung. Den Motiven zum I. Entw. (V S. 33) gab die II. Commission darin Recht, daß der Fall der alternativen Bedenkung und der der Bezeichnung des Bedachten in einer auf mehrere Personen passenden Weise verschiedene seien. Der I. Entw. hatte aber im letzteren Falle Nichtigkeit angenommen (1768), bei der alternativen Bedenkung dagegen Theilung unter die in Betracht Kommenden bestimmt. Nachdem die II. Commission im Falle der auf Mehrere passenden Bezeichnung Theilung unter die Mehreren beschlossen hatte (2073), hätte sie um so eher das Gleiche auch für den Zweifelsfall bei alternativer Bedenkung bestehen lassen können.]

Wegen Mangels der Entschiedenheit des Willens ist ungültig diejenige Erbeseinsetzung, bei welcher der Erblasser nicht gewiß über seine Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes ist [9].

[Nach dem BGB. gilt dieß nicht.]

---

[7] Vgl. l. 30 pr. D. 38, 1, l. 22 i. f. D. 40, 4, l. 41 § 4 D. 40, 5; l. 7 pr. D. 18, 1.

[8] Das „oder" wird in ein „und" verwandelt. So Justinian l. 4 C. 6, 38 in Entscheidung einer alten Controverse. „Et si quis eorum altercationes singillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur". Uebrigens ist die Auslegung nur Nothbehelf für den Fall, daß eine andere ausführbare Willensmeinung des Erblassers nicht ersichtlich sein sollte. Vgl. Bernstein Sav.-ZS. IV S. 177 fg.

bb. Einfluß der Motive des Willens.

§ 548.

1. Ungültig ist die erzwungene Erbeseinsetzung [1], genauer die Erbeseinsetzung, zu welcher der Erblasser durch Drohungen bestimmt worden ist (vgl. I § 80). Die Ungültigkeit ist nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit [2]. Das Anfechtungsrecht steht dem durch die

---

Sf. XVII. 150. Dernburg III § 78 [12] hält Justinians Entscheidung für heutzutage unanwendbar, weil sie „dem Geist der deutschen Sprache" widerspreche.

[9] „— nec testari potest qui an liceat sibi testari dubitat", l. 1 pr. D. 32. S. noch l. 14. 15 D. 28, 1. Fein Forts. von Glück XLIV S. 34 fg. Dernburg III § 67 zu [9]: „die gemeinrliche Anwendung dieses Satzes ist nicht nachweisbar". Ueber l. 11 § 1 D. 29, 1 und l. 9 D. 29, 7. Fitting castrense peculium S. 191 fg.

[1] Dig. 29, 6 Cod. 6, 34 si quis aliquem testari prohibuerit ve coëgerit. § 548.

[2] Von der erzwungenen Erbeseinsetzung handelt nur eine einzige Stelle der Quellen, die l. 1 C. 6, 34, und diese sagt bloß, daß gegen die erzwungene Erbeseinsetzung „civilis disceptatio" zulässig sei, ohne über den Inhalt dieser civilis disceptatio irgend welche Andeutung zu machen. So ist nicht zu verwundern, daß darüber viel Streit ist. Drei Meinungen stehen sich gegenüber: 1) die erzwungene Erbeseinsetzung sei nichtig; 2) sie sei anfechtbar; 3) sie sei weder das Eine, noch das Andere, sondern es werde dem Zwingenden die Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit genommen, und dieselbe falle daher an den Fiscus. Von diesen Meinungen ist die herrschende die erste; für dieselbe namentlich Glück XXXIII S. 426 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 485 fg., Arndts § 491 [2], Schliemann Lehre vom Zwange S. 80 fg., Kramer de leer van den physischen dwang p. 86 sqq., Brinz 1. Aufl. S. 1425. 2. Aufl. III § 377 [5], Lenel Sav.-ZS. X S. 71 fg. Die dritte Meinung wird heutzutage noch vertheidigt z. B. von Roßhirt testament. Erbr. I. S. 262 fg., Heimbach im RLex. X S. 918 fg., Caporali Rivista italiana per le scienze giuridiche IV p. 3 s. (vgl. Schneider Jahrb. für Dogm. XXXII S. 257 fg.). Die zweite ist erst in der neueren Zeit aufgestellt worden; für dieselbe namentlich Vangerow II § 431 Anm. 1 Nr. 2 (seit der 6. Auflage), Sintenis III § 171 [53b] (seit der 2. Auflage), Puchta § 472 [c], Seuffert § 534 [4], Keller § 492 Nr. III. A. Für die Erbunwürdigkeit wird als Hauptgrund geltend gemacht die Analogie Dessen, was für den Fall einer zwangsweisen Verhinderung einer Erbeseinsetzung gilt, obgleich das Verhältniß hier doch ein ganz anderes ist (s. Note [9]). Für die absolute Nichtigkeit beruft man sich auf l. 2 § 7 D. 37, 11, welche aber nicht von dem Fall handelt, wo dem heres scriptus der eigentliche, sondern von dem, wo ihm der wirkliche Wille des Erblassers fehlt, und auf einen offenbar nicht durchgreifenden Schluß aus l. 20 § 10 D. 28, 1, in welcher das erzwungene Testamentszeugniß für nichtig erklärt wird. Für die Anfechtbarkeit spricht die Analogie der sonstigen rlichen Behandlung des Zwanges (I § 80), welche Analogie man ohne Noth nicht verlassen soll, und es spricht gewiß nicht dawider ein Grund, der namentlich von Schliemann und Kramer betont wird, daß eine Anfechtung hier weder in der Person des Urhebers der erzwungenen Erbeseinsetzung noch seiner Erben Sinn habe: die Anfechtung steht in diesem Falle wie in jedem anderen demjenigen zu,

Erbeseinsetzung Ausgeschlossenen zu [2a], also dem Intestaterben bezw. dem freiwillig Eingesetzten; was der Zwingende selbst ohne die erzwungene Erbeseinsetzung erhalten haben würde [3], wird ihm wegen Erbunwürdigkeit genommen und fällt an den Fiscus [4]. Durch

welcher durch die erzwungene Handlung beeinträchtigt worden ist. Von der anderen Seite bin aber auch ich sehr zweifelhaft, ob es das Richtige ist, die erzwungene Erbeseinsetzung ohne Weiteres unter die Grundsätze von der actio quod metus causa und der in integrum restitutio propter metum zu stellen; es muß stutzig machen, daß die Quellen von einer solchen Erstreckung der bezeichneten Rmittel keine Spur enthalten, während l. 20 D. 50, 16, deren ursprünglicher Zusammenhang freilich dunkel bleibt, dagegen spricht. Viel mehr im Sinne des r. R. scheint es mir zu sein, die Anfechtbarkeit der erzwungenen Erbeseinsetzung unabhängig von den Vorschriften des prätorischen Edicts aus dem allgemeinen Satz herzuleiten, daß eine letztwillige Verfügung, welche zwar den wirklichen Willen des Erblassers enthält, aber mit seinem eigentlichen Willen in Widerspruch steht, von dem durch die Verfügung Ausgeschlossenen angefochten werden kann, einem Satze, welchen das r. R. namentlich auch in der Lehre vom Irrthum und der Voraussetzung verwerthet hat (s. in diesem § Ziff. 2). Vgl. l. 4 § 10 D. 44, 4. „Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur". Hiernach ist also im Besonderen zu behaupten, daß der Zwang bei der Erbeseinsetzung nicht gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden könne, gegen den Eingesetzten selbst dagegen auch der Zwang durch einen Dritten. Im Uebrigen hat der Anspruch des durch den Zwang Beeinträchtigten gegen den Zwingenden die Natur der actio quod metus causa, gegen einen Eingesetzten welcher nicht gezwungen hat, die Natur einer condictio sine causa (§ 423, 1). — Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 48 fg. (Leipzig 1874) hat auszuführen gesucht, daß die erzwungene Erbeseinsetzung überhaupt nicht ungültig sei, weder nichtig noch anfechtbar. Er schließt aus dem Stillschweigen der Quellen, daß das r. R. hier den eigentlichen Willen des Erblassers gegenüber dem formell ausgedrückten wirklichen eben nicht zur Geltung habe bringen wollen. Ich glaube, daß bei dieser Ansicht das Gewicht sowohl der l. 1 C. 6, 34 als der Bestimmungen des r. R. über den Irrthum unterschätzt ist. — Dernburg III § 80 nimmt Indignität an, läßt aber nach heutigem R., wie bei der Indignität überhaupt, nicht den Fiscus, sondern den Nächstberufenen eintreten. [Jetzt sagt Dernburg (§ 80, 2) daß die durch das erzwungene Testament Ausgeschlossenen das Erbr. durch die Erklärung erlangen, dasselbe zu beanspruchen. Schipmann die rliche Behandlung des Zwanges bei Testamenten. Erl. Diss. 1898 (Nichtigkeit). Schlichting über den Einfluß des Zwanges auf Testamente. Erl. Diss. 1898 (Anfechtbarkeit). Riemetz die rliche Wirkung des bei der Errichtung eines Testamentes vorgekommenen Zwanges nach gem. R. und nach dem BGB. Greifsw. Diss. 1898 (gemeinrlich Nichtigkeit).]

[[2a] S. XLVI. 288.]

[3] Er ist selbst Intestaterbe oder eingesetzter Erbe, er hat sich aber durch den Zwang einen größeren Erbtheil verschaffen wollen, oder Befreiung von Vermächtnissen, oder er hat den Zwang zu Gunsten eines Dritten geübt.

[4] Dieß ist zwar bestritten (dagegen Glück XXXIII S. 432. 433, dafür Vangerow Nr. 2 a. E., Kramer a. a. O. p. 281); aber es folgt aus

hinterherige Genehmigung wird die Ungültigkeit der erzwungenen Erbeseinsetzung geheilt [5]. Zureden, auch ungestümes, ist nicht Zwang [6]. — Zwangsweise oder sonst absichtliche [7] Verhinderung einer Erbeseinsetzung bewirkt, daß der Verhindernde dasjenige, was er in Folge der Verhinderung erhält [8], als erbunwürdig an den Fiscus verliert [9].

[Nach dem BGB. ist jede letztwillige Verfügung anfechtbar, wenn der Erblasser zu ihr widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist (2078 Abs. 2). Das Wort widerrechtlich hat die II. Commission (Prot. S. 6670) aufrecht erhalten, weil an und für sich Fälle einer nicht widerrechtlichen Willensbeeinflussung durch Drohung denkbar seien. Nach der I S. 357 vertretenen Anschauung ist aber bei letztwilligen Verfügungen kein Fall möglich, in welchem eine Drohung, die eine

---

Note [4 lit. a]. — In gleicher Weise muß der Fiscus eintreten, wenn es an einem Intestaterben oder eingesetzten Erben ganz fehlt.

[5] Anders müssen natürlich diejenigen entscheiden, welche absolute Nichtigkeit annehmen; sie müssen ein neues Testament verlangen. So thun wirklich Mühlenbruch XLIII S. 490. 491, Schliemann a. a. O. S. 140. 141. Die Genehmigung kann möglicherweise auch in dem Fortbestehenlassen des Testaments liegen. Vgl. Schloßmann a. a. O. S. 58 fg.

[6] L. 3 C. 6, 34, vgl. l. 3 D. 29, 6. S. aber auch Glück XXXIII S. 433. 434, auch Holzschuher II § 144 [4]. Sf. XXV. 120. Vgl. noch das. V. 195. [L. 55].

[7] Z. B. durch Abhaltung eines Zeugen, l. 1 pr. l. 2 pr. D. 29, 6, l. 3 § 5 D. 36, 1.

[8] Als Intestaterbe oder eingesetzter Erbe oder auch als Vermächtnißnehmer.

[9] L. 1 pr. D. 29, 6, l. 2 C. 6, 34, l. 19 D. 34, 9, l. 3 § 5 D. 36, 1. Hierüber ist des Näheren Folgendes zu bemerken. a) Dritten Unschuldigen gereicht die Verhinderung nicht zum Nachtheil: l. 2 § 1. l. 1 § 1 i. f. D. 29, 6, s. aber auch l. 1 § 1 in pr. D. 29, 6. Hieraus folgt, daß der Grund, weßwegen dem Verhindernden genommen wird, nicht der ist, daß er den eigentlichen Willen des Erblassers nicht für sich hat, sondern seine Rwidrigkeit als solche. Das r. R. hat offenbar in Betracht gezogen, daß die Willenserklärung, auf welche der Mangel des eigentlichen Willens gegründet werden müßte, nur eine beabsichtigte war, jedenfalls eine unvollendete geblieben ist — in welcher Beziehung namentlich auch l. 22 D. 34, 4 zu vergleichen ist. b) Hierin liegt auch der Grund, weßwegen ein Erbschaftsanspruch desjenigen, welchen der Erblasser zum Erben hat einsetzen wollen (desjenigen, welcher ohne den Zwang die Erbschaft erhalten haben würde), nicht anerkannt ist. Es ist, nimmt das r. R. an, eben ein Unterschied zwischen demjenigen, welcher als Erbe nur hat bezeichnet werden sollen, und demjenigen, welcher als Erbe durch das Gesetz oder den Erblasser bereits bezeichnet ist. Eine andere Frage ist es, ob nicht wegen Verkümmerung der Aussicht auf Bezeichnung zum Erben ein Entschädigungsanspruch (actio doli) begründet sei, und diese Frage darf allerdings wohl nicht verneint werden. Vangerow II § 431 Anm. 1 Nr. 1, Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 484. c) Der Fiscus erhält das an ihn Fallende mit den darauf liegenden Vermächtnissen, l. 2 § 2 D. 29, 6, l. 3 § 5 D. 36, 1. L. 19 D. 34, 9 ist von dem Falle zu verstehen, wo es in der Absicht des Erblassers lag, auch die Vermächtnisse zurückzunehmen. Vangerow a. a. O., Mühlenbruch a. a. O. S. 480 fg.

Zwangslage schafft, nicht widerrechtlich wäre; wohl dagegen tritt Anfechtbarkeit nicht ein, wenn die Drohung nicht eine Zwangslage schafft, wie sie das Gesetz im Auge hat. Eine solche Zwangslage ist in dem von der II. Commission gewählten Beispielsfalle — der Vater droht, die Tochter auf den Pflichttheil zu setzen — zu verneinen, und daher allerdings die unter solchem Druck von der Tochter errichtete letztwillige Verfügung nicht anfechtbar. Ueber die Anfechtung s. unten zu Text Ziff. 2. Erbunwürdigkeit s. 2339 Abs. 1 Ziff. 2. 3 und dazu unten zu § 669 fg.]

Irrthum im Beweggrund [9a] macht an und für sich die Erbeseinsetzung nicht ungültig, nicht einmal wenn der irrige Beweggrund in der Erbeseinsetzung ausgedrückt worden ist [10]. Anders dann, wenn der irrige Beweggrund nicht bloße Veranlassung, sondern eigentlicher Bestimmungsgrund war [11], d. h. wenn es sicher ist, daß ohne den Irrthum die Erbeseinsetzung nicht gemacht worden sein würde, oder mit andern Worten, wenn der Beweggrund zur Voraussetzung erhoben worden ist [12]. Zwar ist auch in diesem Falle die Erbeseinsetzung immer noch nicht nichtig; wohl aber kann sie von demjenigen angefochten werden, welcher ohne die Erbeseinsetzung die Erbschaft erhalten haben würde [13]. Ein solcher Irrthum kann zum Gegenstand eine Eigenschaft der eingesetzten Person haben [14], oder

[9a Vgl. Martius Irrthum in den Beweggründen bei letztwilligen Verfügungen nach röm. und nach neuem deutschem bürgerl. R. Erl. Diss. 1898. Benecke der Irrthum im Motiv bei letztwilligen Verfügungen. Greifsw. Diss. 1898. Loewenwald die Behandlung einer aus irrigem Motiv hervorgegangenen Erbeinsetzung nach gem. R. Greifsw. Diss. 1898. Neumann der Einfluß des Irrthums im Beweggrund auf Erbeseinsetzung und Vermächtniß. Bresl. Diss. 1898. Brodnitz der Irrthum im Beweggrunde bei der Erbeseinsetzung und dem Vermächtnisse nach r. R. Bresl. Diss. 1899.]

10 **Falsa causa non nocet**, ein Satz, welcher zwar in den Quellen nur für Legate ausgesprochen ist (§ 31 I. 2, 20, l. 17 § 2. l. 72 § 6 D. 35, 1), aber wenn er für Legate gilt, um so wahrer für Erbeseinsetzungen ist.

11 Die in der Note 10 citirte l. 72 § 6 D. 35, 1 lautet: „**Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si** (wenn nämlich) **probetur alias legaturus non fuisse**". S. auch l. 4 § 10 D. 44, 4 (² a. E.).

12 S. I § 78. 98. Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 36 fg. 69. 76 fg., Unger § 13 ³. — Vgl. ferner Weil ZS. f. CR. u. Pr. XX. 3, Vangerow II § 431 Anm. 2.

13 S. die Stellen der beiden folgenden Noten.

14 Z. B. der Erblasser hält den Eingesetzten irrigerweise für sein Kind oder seinen Bruder. L. 7 C. 6, 24. „**Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi**

eine sonstige Thatsache [15]. Uebrigens hat das römische Recht diese Wirkung des Irrthums der Erbeseinsetzung gegenüber nur zögernd und allmälig anerkannt [16]. — Nicht anders als der Irrthum an

curae praeses provinciae habebit". L. 1 § 11 D. 37, 10, l. 5 C. 6, 23, l. 4 C. 6, 24. Vgl. l. 14 § 2. l. 15 D. 28, 2; l. 27 D. 33, 2, l. 88 D. 30. Sf. XXIV. 125. — Muß der Irrthum entschuldbar sein? Vgl. § 633 [22]. — Ist die dem Eingesetzten beigelegte Eigenschaft Voraussetzung der Einsetzung nicht, so macht die irrige Annahme der Eigenschaft die Einsetzung selbst dann nicht ungültig, wenn die Eigenschaft bei der Einsetzung ausdrücklich ausgesprochen worden ist: falsa demonstratio non nocet. L. 33 pr. D. 35, 1. „Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est". L. 49 [48] § 3 D. 28, 5. Vgl. die § 633 [13] verzeichnete Literatur.

[15] Z. B. der Erblasser nimmt irrigerweise an, sein Intestaterbe oder der von ihm in einem früheren Testamente Eingesetzte sei gestorben. L. 28 D. 5, 2, l. 93 [92] D. 28, 5. Vgl. auch Sf. XXXIII. 44. [Weidemann Uebergehung aus Irrthum. Gött. Diss. 1896.]

[16] Dieß tritt hervor in folgenden Thatsachen. a) Kaiser Tiberius entschied einen Fall, in welchem ein Erblasser einen Sclaven in der irrigen Meinung, er sei ein Freier, eingesetzt und ihm einen Andern substituirt hatte, dahin, daß die Erbschaft (der Einsetzungstheil) zwischen dem Herrn des Sclaven und dem Substituirten zu theilen sei, § 4 I. 2, 15, l. 41 [40]. 42 [41] D. 28, 5. Diese Entscheidung beruht darauf, daß zwar bei der Auslegung der Bedingung der Substitution (si Stichus heres non erit) der eigentliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wurde, nicht dagegen bei der Auslegung der Erbeseinsetzung (Stichus heres esto). (Der Streit, welcher in Betreff der angeführten Stellen zwischen Huschke einerseits [ZS. f. GR. u. Pr. XII S. 375 fg. XV S. 237 fg.] und andererseits Arndts das. XIII S. 293 fg. XIX S. 355 fg., Vangerow Richter's Jahrb. 1839 S. 571 fg., Mayer Erbr. § 21 [8] geführt worden ist, bezieht sich nicht auf diesen Punkt, sondern auf die Behandlung alternativer Bedingungen, vgl. Vangerow II § 434 a. E.) b) In den Fällen der in der vorigen Note citirten Stellen entschieden die Kaiser Hadrian und Severus und Caracalla, daß zwar die durch Irrthum hervorgerufene Erbeseinsetzung zu beseitigen sei, daß aber die ihr hinzugefügten Vermächtnisse auch von den neu eintretenden Erben entrichtet werden müßten. Vgl. auch l. 3 C. 3, 28. c) Endlich hat auch die Auffassung Ausdruck gefunden, daß allerdings der irrthümlich zum Erben Eingesetzte die Erbschaft nicht haben dürfe, daß sie aber auch nicht an den durch ihn Ausgeschlossenen falle, vielmehr vom Fiscus einzuziehen sei. L. 46 pr. D. 49, 14, womit zu vergleichen ist l. 1 § 11 D. 37, 10, l. 4 C. 6, 24. — Mir scheint, daß wir es hier, wie so oft, mit einer allmäligen Entwickelung des r. R. zu thun haben, deren letztes Wort nicht zweifelhaft sein kann. S. auch Vangerow a. a. O., Puchta § 472 [e], Arndts § 491 [1], Unger § 13 [8], Bering S. 301, während Savigny System III S. 377, Sintenis III § 171 [60] [[Pernice Labeo III S. 72 fg.]] nicht über die einzelnen Quellenentscheidungen hinausgehen wollen, s. auch Brinz 1. Aufl. S. 766. 1412. 2. Aufl. III S. 82. 83, Wendt S. 795 fg. Nach dieser letzten Ansicht ist erkannt bei Sf. XI. 58, XXIV. 132.

sich wirkt auch der durch Betrug hervorgerufene Irrthum, weßwegen von dem Betruge hier nicht besonders gehandelt zu werden braucht [17].

[1. Nach BGB. ist jede letztwillige Verfügung anfechtbar, soweit der Erblasser über ihren Inhalt im Irrthum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage nicht abgegeben haben würde (2075 Abs. 1; vgl. ob. § 576, 4 und I S. 342). Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. So § 2078 Abs. 2, s. auch 2079 und vgl. zu beiden I S. 345. Wenn Jemand seinen Ehegatten bedacht hat, so ist die Verfügung unwirksam, nicht bloß anfechtbar, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist, oder wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens (nicht wegen Geisteskrankheit) zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder die ihm wahlweise statt dessen zur Verfügung stehende Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte (2077 Abs. 1. 1575.) Die II. Commission (Prot. S. 6680 fg.) hat geglaubt, daß man in diesen Fällen den wahren Willen des Erblassers treffe, wenn man es nicht bei Anfechtbarkeit bewenden lasse, sondern Nichtigkeit bestimme. Gültig aber ist die Verfügung, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde (2077 Abs. 3). Ebenso ist eine Verfügung, durch die der Erblasser seinen Verlobten bedenkt, im Zweifel unwirksam, wenn das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist (2077 Abs. 2. 3). Nicht dasselbe gilt, wenn das Verlöbniß nichtig ist; für den Verfügungswillen des Erblassers ist maßgebend, daß er die bedachte Person zu heirathen gedenkt, nicht, daß er dieß juristisch wirksam versprochen hat.

2. Die Anfechtung wegen Irrthums wie wegen Drohung (s. zu 1 des Textes) untersteht den allgemeinen Vorschriften (vgl. I S. 369 fg.) soweit nicht besondere Bestimmungen eingreifen.

a. Das Anfechtungsrecht steht nicht dem Erblasser zu; denn dieser braucht es nicht, da er jeder Zeit die Verfügung widerrufen kann; das Anfechtungsrecht hat vielmehr derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu statten kommen würde (2080 Abs. 1), also bei der Erbeseinsetzung je nach Umständen ein Ersatzerbe, ein anwachsungsberechtigter Miterbe, der Intestaterbe, der in einem früheren Testament Eingesetzte. Unter mehreren Anfechtungsberechtigten kann jeder für sich allein mit voller objectiver Wirkung anfechten (vgl. Mot. V S. 57). Wenn sich aber der Irrthum in der Erklärung oder im Motive nur auf eine bestimmte Person bezieht, welche anfechtungsberechtigt ist, oder sein würde, falls sie beim Tode des Erblassers noch lebte, so ist kein Anderer zur Anfechtung berechtigt (2080 Abs. 2). Wenn z. B. der Erblasser den Tod eines Intestaterben irrig angenommen, und deßwegen einen Andern zum Erben eingesetzt hat, so kann nur der Todtgeglaubte anfechten, und ist er vor dem Tode des Erblassers gestorben, Niemand. Dem entsprechend

---

17 Vangerow II § 431 Anm. 3. Mögliches Eintreten des Fiscus nach Analogie des beim Zwange Geltenden. S. Note. 3. 4. 9.

steht auch die Anfechtung des § 2079 nur dem übergangenen Pflichttheilsberechtigten zu (2080 Abs. 3).

b. Die Anfechtung erfolgt der Regel gemäß durch einseitige Erklärung (143 Abs. 1). Sie müßte nach allgemeiner Vorschrift gegenüber demjenigen erfolgen, der durch die anzufechtende Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat. Die Vorschriften des § 2081 verweisen aber statt dessen die Anfechtungserklärung in Betreff der Erbeseinsetzung und der allermeisten sonstigen letztwilligen Verfügungen an das Nachlaßgericht; bei der Regel bleibt es nur in wenigen Fällen, insbesondere beim Vermächtniß.

c. Die Anfechtung muß in allen Fällen binnen eines Jahres erfolgen, welches mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt. Hat der Anfechtungsberechtigte vor dem Tode des Erblassers diese Kenntniß erlangt, so kann die Frist erst mit dem Tode des Erblassers beginnen; denn sie kann nicht beginnen, ehe das Anfechtungsrecht selbst entstanden ist. Dieses entsteht aber nothwendig erst mit dem Erbfall, schon deßwegen, weil man vorher gar nicht weiß, wer der Anfechtungsberechtigte sein wird. Kenntniß von dem Anfechtungsgrunde als solchem hat der Anfechtungsberechtigte erst dann, wenn er nicht nur den Irrthum, die Drohung kennt, sondern auch die dadurch hervorgerufene letztwillige Verfügung. In jedem Falle ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn seit dem Erbfall dreißig Jahre verstrichen sind. Der § 2083, welcher auch nach Verlust des Anfechtungsrechtes durch Zeitablauf eine Einrede gegen Verpflichtungen vorbehält, ist für die Erbeseinsetzung ohne Bedeutung.

d. Formlose Bestätigung der anfechtbaren Verfügung (144) steht dem Erblasser nicht zu, da er nicht der Anfechtungsberechtigte ist; er kann nur die Verfügung formrichtig wiederholen. Der Anfechtungsberechtigte kann nach dem Tode des Erblassers dessen letztwillige Verfügung ebenfalls nicht bestätigen; dieß folgt aus dem Wesen der letztwilligen Verfügung; aber er kann durch Vertrag mit dem Gegner auf das Anfechtungsrecht verzichten.]

3. Wegen rechtlicher Mißbilligung des Beweggrundes ist ungültig[17a] die Erbeseinsetzung, welche nur als Mittel benützt wird, um eine gewünschte letztwillige Verfügung eines Andern hervorzurufen[18]; die Einsetzung des Regenten zur Chicane des Proceß-

---

[17a] Vgl. zum Folgenden Steinfeld, über den Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen, Celle 1884.

[18] Die s. g. captatorische Erbeseinsetzung. L. 71 [70] D. 28, 5. „Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis". Vgl. l. 72 [71]. l. 82 [81] § 1 eod., l. 1 D. 34, 8. Die Vorschrift gilt auch für Soldatentestamente, l. 11 C. 6, 21. Ob die Absicht war, den Eingesetzten selbst oder einen Andern zu einer letztwilligen Verfügung zu bewegen, ist gleichgültig; vgl. l. 72 [71] § 1 D. 28, 5. S. überhaupt: W. Sell Versuche II S. 295 fg., Mühlenbruch Fortf. von Glück XXXIX S. 206 fg., Vangerow II § 434 Anm. 1 Nr. II. 4, Steinfeld a. a. O. S. 25 fg. Gegen die Behauptung, daß auch die captirte Verfügung nichtig oder doch zu

gegners [19]; die Erbeseinsetzung zum Schimpf [19a]; die Einsetzung eines mit einer Person, mit welcher die Ehe unmöglich ist, zu Erzeugenden [20].

[Diese Bestimmungen kennt das BGB. nicht; es können nur Verfügungen der fraglichen Arten möglicher Weise als unsittliche gemäß § 138 nichtig sein.]

cc. Fähigkeit des Eingesetzten*.

§ 549.

Die Erbeseinsetzung kann endlich auch ungültig sein wegen eines Mangels in der Person des Eingesetzten. Ungültig ist: a) die Einsetzung eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht (wenigstens im Mutterleib) Existirenden [1], und b) die Einsetzung einer der oben § 535 Ziff. 2 in der allgemeinen Lehre von der Erbunfähigkeit genannten Personen. Zu dem dort Gesagten ist hier noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Was den Zeitpunkt angeht, auf welchen bei der Einsetzungsfähigkeit [1a] gesehen wird, so muß dieselbe vorhanden sein nicht bloß

Gunsten des Fiscus unwirksam sei (Mühlenbruch a. a. O., Holzschuher II § 147 Nr. 5 und die von Diesen Citirten. Vgl. Steinfeld S. 34. — Im älteren r. R. war es auch unzulässig, die Erbeseinsetzung als Mittel zu benützen, um Jemanden zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen, d. h. eine ihn benachtheiligende Erbeseinsetzung unter der Bedingung des gegentheiligen Verhaltens zu machen, s. g. institutio poenae nomine facta; dieß hat Justinian aufgehoben. Gai. II, 235. 243, Ulp. XXIV, 17; l. un. C. 6, 41, § 36 I. 2, 20. Vgl. Sell a. a. O. S. 273 fg., Keller Instit. S. 368 fg., Vangerow II § 434 Anm. Nr. II. 5, Huschke die multa und das sacramentum S. 303 fg., Steinfeld S. 9 fg.

[19] L. 92 [91] D. 28, 5, § 8 I. 2, 17; Paul sentent. V, 12 § 8. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 300 fg., Steinfeld S. 18 fg.

[19a] L. 9 § 8 D. 28, 5., vgl. l. 50 [49] § 1 eod. Steinfeld S. 22.

[20] L. 9 § 1. 3. 4 D. 28, 2, § 28 I. 2, 20, vgl. l. 28 § 3 D. 28, 2. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 388 fg., Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 349 fg., Heimbach das. N. F. V S. 17 fg., Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 41 fg. Mühlenbruch erklärt für ungültig wegen Unsittlichkeit die Einsetzung eines jeden unehelich zu Erzeugenden; zustimmend Unger § 14 [6], Arndts im RLex. III S. 913 (vgl. Pand. 491 [5]), und, jedoch aus einem anderen Grunde, Heuman n. Leist unterscheidet, ob im gegebenen Falle in der Einsetzung ein sittliches Aergerniß liegt, oder nicht.

* Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 117 fg. Arndts RLex. III S. 908 fg. Mayer I § 15—18. Schirmer § 4. Köppen System § 5. Lehrb. § 3. Sintenis III § 167 Nr. II. Vangerow II § 429.

§ 549. [1] S. § 535 [5].

zur Zeit der Einsetzung, sondern auch zur Zeit des Berufungsfalles, und von da ununterbrochen bis zum Erwerbe [2].

2. Was die Einsetzungsfähigkeit juristischer Personen angeht, so ist es eine Streitfrage, ob zum Erben auch eine durch den letzten Willen erst zu begründende juristische Person (Stiftung) eingesetzt werden könne [3]? Diese Frage, so ausgedrückt, ist zu verneinen; es kann nicht eine Person zum Erben eingesetzt werden, für deren

[1a] Dieser Ausdruck wird hier der Kürze zu Liebe gebraucht; eigentlich ist er ungenau. Genau genommen ist Einsetzungsfähigkeit nicht die Fähigkeit, eingesetzt zu werden, sondern die Fähigkeit einzusetzen.

[2] L. 50 [49] § 1 D. 28, 5, § 4 I. 2, 19 (über die Worte: „in extraneis heredibus" vgl. Mühlenbruch S. 123 fg., Schirmer Note [53]). Unfähigkeit in der Zwischenzeit zwischen der Erbeseinsetzung und dem Eintritt des Berufungsfalles schadet nicht, s. außer den citirten Stellen noch l. 6 § 2. l. 60 [59] § 4. l. 51 [50] pr. D. 28, 5. Vgl. Karlowa Rgeschäft S. 123 fg. Der Berufungsfall tritt bei der bedingten Erbeseinsetzung erst mit Erfüllung der Bedingung ein, so daß Unfähigkeit zur Zeit des Todes des Erblassers nicht schadet, s. die citirten Stellen. Mühlenbruch S. 128 fg., Köppen System Note [56] [Lehrb. S. 65]. Gegen die Meinung, daß bei bedingter Erbeseinsetzung auch Unfähigkeit zur Zeit der Einsetzung nicht schade, s. Arndts Rhein. Mus. V S. 209 fg., Mühlenbruch S. 138 fg.; gegen die Meinung, daß ein zur Zeit der Erbeseinsetzung Unfähiger wenigstens unter der Bedingung, daß er fähig werden sollte, gültig zum Erben eingesetzt werden könne (Mühlenbruch S. 144 fg., Mayer § 18 [1]), welche Meinung auf l. 63 [62] pr. D. 28, 5, gestützt wird, s. Arndts Rhein. Mus. V S. 212 fg. und RLex. S. 910, Vangerow II § 429 Anm. 1 Nr. IV, Köppen System S. 314. 321 [Lehrb. S. 65]. Vgl. noch Savigny System VIII S. 457 fg.

[3] Diese Frage ist mit großer Lebhaftigkeit verhandelt worden namentlich in Beziehung auf zwei in der Praxis vorgekommene Fälle, den Fall des Testaments des Kaufmanns Städel in Frankfurt a. M. vom Jahre 1815, und den Fall des Testaments des Landrentmeisters Blum in Hildesheim vom Jahre 1832. Aus dem, was über den ersten Fall veröffentlicht worden ist, sind hier hervorzuheben die Schriften von: Elvers (Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen, Göttingen 1827), welcher sich für, und von Mühlenbruch (Rliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828), welcher sich gegen die Gültigkeit einer solchen Einsetzung erklärt hat; in Beziehung auf den zweiten Fall ist Northoff (die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Landrentmeisters Blum zu Hildesheim, Göttingen 1833) für die Gültigkeit eingetreten. Gegen die Gültigkeit s. ferner die Ausführungen von Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXIX S. 451 fg. XL S. 1 fg., und aus der neueren Zeit: Sintenis III S. 353—355 (der in Allem Mühlenbruch folgt), Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 209 fg., Schirmer § 4 S. 32; für die Gültigkeit Arndts RLex. III S. 915—916 und Forts. von Glück XLVI S. 413 fg., Brinz 1. Aufl. S. 754 fg. 1069 fg. [2. Aufl. III S. 536 fg. S. 511 fg.] Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 140 fg., Unger § 14 [8], s. auch Kierulff S. 150—152, Gierke Genossenschaftstheorie S. 126.

Existenz die Erbeseinsetzung selbst Voraussetzung ist [4]. Wohl aber kann durch letztwillige Verfügung, Erbeseinsetzung oder Vermächtniß, ein Vermögen mit der Bestimmung der Verwendung zu einem gewissen frommen oder gemeinnützigen Zweck ausgesetzt, und dadurch eine juristische Person geschaffen werden [5]. Und gerade eine solche Aussetzung beabsichtigt offenbar derjenige, welcher eine durch seinen letzten Willen zu begründende Stiftung zum Erben einsetzt, so daß seine Verfügung durch eine leichte, den wirklichen Willen zur Geltung bringende Umdeutung allerdings aufrecht erhalten werden kann.

3. Für Soldaten gilt nach römischem Recht das Erforderniß der Einsetzungsfähigkeit nicht [6]; heutzutage stehen Soldaten unter der gemeinen Regel [7].

[Im BGB. ist der Satz zu [1] in Geltung geblieben, jedoch mit der Maßgabe, daß die Einsetzung eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht Existirenden im Zweifel als Nacherbeseinsetzung aufrecht erhalten wird (2101). Die Frage zu [3] muß nach BGB. bejaht werden, s. 2101 Abs. 2. 2043. 84. Die Einsetzungsfähigkeit eines Existirenden ist nach BGB. immer gegeben.]

---

[4] In dem Städel'schen Testament hieß es: „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städel'schen Kunstinstituts sein. Dieses Städel'sche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen . . . hiermit ein".

[5] Das r. R. erkannte Erbeseinsetzungen zu Gunsten „der Armen" und „der Gefangenen" an, mit der Wirkung, daß im letzteren Falle der Bischof des Wohnorts des Erblassers, im ersteren, wenn nicht ein bestimmtes Armenhaus gemeint sei, das Armenhaus des Wohnorts des Erblassers oder das ärmere unter den mehreren dort bestehenden Armenhäusern, in Ermangelung aber eines Armenhauses ebenfalls der Bischof die Erbschaft an sich nehmen und zu dem bestimmten Zwecke dem Kapitale oder den Einkünften nach verwenden solle. L. 24. 28. 48 [49] C. 1, 3, Nov. 131 c. 10. 11. Vgl. noch Sf. XI. 9, XIV. 103 [2], XVIII. 4. Hiermit ist ein Princip anerkannt, welches wir auf andere heutzutage vorkommende Stiftungen, wenn auch ihr Zweck kein frommer, sondern nur ein gemeinnütziger ist, zu übertragen wohl berechtigt sind. A. M. freilich gerade in dieser letzten Beziehung Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 39 fg.; allein s. Brinz 1. Aufl. S. 1075, [vgl. 2. Aufl. III S. 510], Arndts Forts. von Glück XLVI S. 320 fg., Bekker Pand. I S. 282 fg. Sf. I. 97, XVI. 232, XXIX. 149. Ueber die Frage, ob nicht staatliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit nöthig sei, s. I § 60 [1. 2].

[6] D. h. sie können aus der Einsetzung Erben werden, wenn sie nur zur Zeit des Erwerbes fähig sind. L. 13 § 2 D. 29, 1, l. 5 C. 6, 21; l. 22 C. 1, 5. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 74 fg., Arndts das. XLVI S. 384 fg.

[7] Reichs-Militärgesetz 2/5. 1874 § 44 (§ 537 [4a]).

§ 550.

Von der Einsetzungsunfähigkeit ist zu unterscheiden eine andere Art testamentarischer Erbunfähigkeit [1], welche man gewöhnlich Erwerbunfähigkeit oder Incapacität nennt [2]. Das Besondere dieser (bloßen) Erbunfähigkeit besteht darin, daß sie nur dann schadet, wenn sie zur Zeit des Erwerbes vorhanden ist [3], und nur dann,

[1] Dieselbe ist erst in der neueren Zeit der Einsetzungsfähigkeit gegenüber zur gebührenden Anerkennung gebracht worden. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall S. 82 fg. (1827). v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. II S. 120 fg. (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 411 fg. (1829). Vangerow über die Latini Iuniani S. 112 fg. (1833). Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 360 fg. XXXIX S. 117 fg. (1835. 1836). Arndts RLex. III S. 908 fg. (1841). Mayer § 15. 17. 18. Bering S. 275 fg. Schirmer S. 41 fg. Köppen System S. 298 fg. Lehrbuch S. 68 fg. Vangerow II § 429 Anm. 1. Sintenis III § 167 [15]. Brinz 1. Aufl. § 205, 2. Aufl. III S. 57. § 550

[2] Die Quellen gebrauchen zur Bezeichnung dieser Art der testamentarischen Erbfähigkeit zwar vorzugsweise die Ausdrücke **capere, capax, capacitas**; so aber, daß diese Ausdrücke ohne Anstand auch auf die Einsetzungsfähigkeit bezogen werden (s. z. B. Gai. I, 25. II, 110, § 4 I. 2, 19, l. 73 § 1 D. 30, l. 1 C. 6, 24), sowie umgekehrt bei Ulp. XVI, 1 die Erwerbsfähigkeit als **libera testamenti factio** bezeichnet wird. Gegen den Ausdruck Erwerbsfähigkeit habe ich in früheren Ausgaben geltend gemacht, daß er irreführe, weil auch bei dieser Art der testamentarischen Erbunfähigkeit der Grund, weßwegen der Eingesetzte nichts erhalte, nicht der sei, daß er die anerfallene Erbschaft nicht erwerben könne, sondern wie bei der Einsetzungsunfähigkeit, daß ihm die Erbschaft gar nicht anerfallen sei; es sei kein gesunder Gedanke, daß das R. Jemandem Etwas anbieten sollte und hinzufügen: aber du bist nicht fähig es zu nehmen; wenn das R. nicht haben wolle, daß Jemand Etwas erhalte, so werde es ihm dasselbe gar nicht anbieten. So auch Köppen System S. 301. 302, vgl. Lehrbuch S. 68. Hiergegen sprechen doch die Bestimmungen der **lex Furia** und der **lex Voconia** über das Maß der Vermächtnisse (Gai. II, 225. 226), und vgl. auch Karlowa Rgeschäft S. 129 [1].

[3] L. 52 D. 31, l. 11 D. 28, 6, l. 82 D. 29, 2. Der Erwerb brauchte nach r. Re nicht immer sofort mit dem Anfall der Erbschaft zu erfolgen; in gewissen Fällen kam dem Eingesetzten eine gesetzliche Frist zu Gute. Ulp. XVII, 1. XXII, 3, fragm. de I. F. § 3. Auch der Erblasser kann dem Eingesetzten eine solche Frist gewähren; ja er kann geradezu auf die Zeit erlangter Fähigkeit einsetzen, l. 63 [62] pr. D. 28, 5. S. aber auch Note [9 a. E.]. — Uebrigens ist dieser Unterschied zwischen der bloßen testamentarischen Erb- und der Einsetzungsfähigkeit praktisch heutzutage von unendlich geringerer Bedeutung als er im r. Re war. Damit er sich geltend mache, wird vorausgesetzt, daß Jemand zur Zeit des Erwerbes einsetzungsfähig sei, der es in einem früheren Zeitpunkt nicht war. Ein solcher Wechsel war bei den Römern leicht möglich in Beziehung auf die Zustände der Freiheit und Civität, während er heutzutage nur noch in der Weise vorkommen kann, daß eine eingesetzte Corporation erst nach der Einsetzung das Privilegium der Erbfähigkeit erlangt. Vgl. Köppen System S. 303. 314—315.

wenn im gegebenen Falle der Eingesetzte durch den Antritt der Erbschaft wirklich etwas gewinnt[4]; ferner daß für das wegen ihrer nicht Erworbene nicht durchweg die gleichen Grundsätze gelten, wie für das wegen Einsetzungsunfähigkeit nicht Erworbene[5]. Die Fälle aber, in welchen diese Art der Erbunfähigkeit im römischen Rechte Anwendung fand, sind bereits im Justinianischen Recht dem früheren römischen Recht gegenüber sehr gemindert[6], und auch von den im Justinianischen Recht übrig gebliebenen[7] steht heutzutage in unbestrittener praktischer Geltung nur noch Einer: der Ehegatte kann durch letztwillige Verfügung seines Ehegatten, welcher früher in anderer Ehe verheirathet war, nicht Mehr erhalten, als das wenigstbekommende Kind der ersten Ehe erhält[8]. Außerdem ist aber noch der Satz hierher zu stellen, daß Jemand, welcher rechtmäßige Descendenten hinterläßt, seinen unehelichen Kindern und ihrer Mutter zusammen nicht mehr als 1/12, der Mutter allein nicht mehr als 1/24 seiner Erbschaft zuwenden kann[9].

[Dem BGB. fremd.]

---

[4] Also nicht z. B. wenn die Erbschaft überschuldet ist, oder wenn er das ihm Zugewendete einem Andern herausgeben soll. L. 73 [72] D. 28, 5; l. 42 D. 31, l. 28 D. 32.

[5] Dieser Unterschied ist zwar durch l. un. C. 6, 51 sehr eingeengt, aber nicht ganz beseitigt worden. Vgl. Köppen [30].

[6] Die incapacitas ist eingeführt worden durch die lex Iulia und Papia Poppaea für die coelibes und die orbi, und durch die lex Iunia Norbana für die Latini Iuniani, und dieß sind immer ihre Haupt- und eigentlichen Anwendungsfälle geblieben. Im Justinianischen R. gelten dieselben bekanntlich nicht mehr. Cod. 8, 57 de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis et de decimariis sublatis, l. un. C. de Latina libertate tollenda 7, 6. Mühlenbruch S. 180 fg.

[7] Außer den im Folgenden genannten sind es noch folgende zwei: 1) die Erbunfähigkeit der mulieres probrosae, beruhend auf einer Verfügung des K. Domitian, Suet Domit. c. 8, l. 41 § 1 D. 29, 1, l. 23 § 3 C. 5, 4. Mühlenbruch S. 264 fg., Vangerow a. a. O. III. 3, Köppen System S. 300. Gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung erklären sich Mühlenbruch S. 276, W. Sell in Sell's Jahrb. III § 424 fg., Sintenis III § 167 [15], Köppen System S. 316. Lehrbuch S. 69 [1]. 2) Eine Frau, die innerhalb des Trauerjahres sich wieder verheirathet, kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr als ein Drittel ihres Vermögens hinterlassen. S. über diese Bestimmung, auch was die heutige Geltung betrifft, § 512.

[8] S. § 511 Ziff. 3.

[9] Nov. 89 c. 12 § 2. 3 c. 13, vgl. l. 2. 8 C. 5, 27. Das zuviel Hinterlassene fällt an die rmäßigen Descendenten. Die Novelle spricht nur von liberi naturales, Concubinenkindern; ihre heutige Anwendbarkeit auf diese, sowie ihre Ausdehnung auf uneheliche Kinder überhaupt, ist sehr bestritten. Dafür

b. Inhalt der Erbeseinsetzung*.

α. Einsetzung Mehrerer.

§ 551.

Der Inhalt der Erbeseinsetzung ist Berufung zur Nachfolge in das Vermögen als Ganzes (§ 528). Hierüber ist an diesem Orte Weiteres nicht zu bemerken, des Näheren dagegen von einigen besonderen Fällen zu handeln, von welchen der in der Ueberschrift dieses § bezeichnete der erste ist.

1. Mehrere eingesetzte Erben gelten, wenn der Erblasser ihnen Theile nicht angewiesen hat, als berufen auf gleiche Theile[1], es müßte denn aus dem Zusammenhange der Einsetzung auf eine abweichende Willensmeinung des Erblassers geschlossen werden können[1a]. Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn der Erblasser einige der Erben zusammen genannt hat, in welchem Falle es sein vermuthlicher Wille ist, daß dieselben zusammen nur einen Theil erhalten sollen[2]; ferner dann, wenn der Erblasser seine Intestaterben als

---

Mayer § 17 [6], Arndts RLex. III S. 917 und Lehrb. § 492 [6], Puchta § 471 [d], Köppen System S. 316—317. Lehrb. S. 70; dagegen Mühlenbruch S. 328. 336 fg., Vangerow II § 429 Anm. 2 Nr. 1, Sintenis III § 167 [15]. Die Praxis ist entschieden dafür, s. die Citate bei Mühlenbruch S. 337 und Sf. X. 64, XXXVIII. 235 (RG. VIII S. 119); dawider hat das OAG. zu Celle im Jahre 1854 erkannt (Sf. VIII. 68 und XI. 262 [dasselbe Erkenntniß]). — Uebrigens nimmt Vangerow II § 429 Anm. 2 z. A. in diesem, wie in dem Falle der Note [8], nicht Incapacität, sondern Einsetzungsunfähigkeit an; danach würde z. B. den unehelichen Kindern Legitimation nach dem Testamente nichts helfen. Dagegen Köppen System § 5 [27]. — Dieser letztere Schriftsteller erklärt sich aber S. 322 für die bezeichneten beiden Fälle mit guten Gründen gegen die Zulässigkeit einer Einsetzung auf den Fall, daß der Eingesetzte den Tod der ihm im Wege stehenden Personen überleben sollte (Einsetzung auf den Fall der Capacität, Note [3]).

* Mühlenbruch Forts. von Glück XL. S. 109 fg. Arndts RLex. III S. 920 fg. Mayer § 25. 26, Vering S. 309—321. Sintenis II S. 395 fg., Vangerow § 449 Anm. 2. 3. Unger § 15. [[Ueber einen Aufsatz von Pampaloni s. Schneider kr. VJS. XXXIII S. 62 fg.]]

[1] L. 9 § 12 D. 28, 5: „Heredes iuris successores sunt, et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quodsi non fiat, omnes aequaliter heredes sunt". L. 35 pr. i. f. eod. § 6 I. 2, 14. § 551.

[1a] Wiederholte Einsetzung gibt im Zweifel nicht mehrfachen Theil, l. 23 § 1 C. 6, 37.

[2] L. 60 [59] § 2 D. 28, 5. ‚Titius heres esto. Seius et Maevius heredes sunto'. Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur". L. 17 § 4 eod., vgl. l. 13 pr. l. 67 [66] eod., l. 11 C. 6, 26, auch l. 88 § 6 D. 31. Sf. VIII. 151, vgl. II. 201. Urtheil des OAG. zu Darmstadt vom 24. Mai 1850 im APraktRW. III

solche eingesetzt hat, in welchem Falle es als sein Wille anzusehen ist, daß dieselben auf ihre Intestaterbtheile berufen sein sollen[3].

[Das BGB. folgt den Sätzen zu [1] und [3] (2091. 2066—2069). Daß die Auslegung des Testaments im einzelnen Falle zu abweichenden Ergebnissen führen kann, ist unzweifelhaft; insbesondere können einige unter mehreren Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sein (2093); aus der Verbindung Mehrerer in einem Satz leitet das Gesetz aber eine Vermuthung in dieser Richtung nicht ab.]

2. Hat der Erblasser neben einem oder mehreren mit Theilbezeichnung Eingesetzten einen oder mehrere Andere ohne Theilbezeichnung eingesetzt, so ist dieß dahin auszulegen, daß die ohne Theilbezeichnung Eingesetzten den nicht vergebenen Theil des Ganzen erhalten sollen[4].

[Ebenso BGB. 2092 Abs. 1].

3. Ueber den Fall, wenn der Erblasser zwischen den mehreren Eingesetzten Weniger oder Mehr vertheilt hat, als das Ganze, s. den folgenden §.

β. Einsetzung auf Weniger als das Ganze oder auf Mehr als das Ganze.

§ 552.

1. Hat der Erblasser Weniger als das Ganze vergeben, so fällt der nicht vergebene Theil der Erbschaft dennoch an den eingesetzten Erben oder an die mehreren eingesetzten Erben[1], an die letzteren nach Verhältniß ihrer Einsetzungstheile[2]. Erhellt aber, daß der Erblasser

S. 479 fg. A. M. für das heutige R. Dernburg III § 86 [7]. [Gf. LII. 246.] — Ausdrückliche Berufung Mehrerer auf einen und denselben Erbtheil: l. 15 pr. D. 28, 5, l. 142 D. 50, 16. Vgl. übrigens Arndts S. 926.

[3] Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. II. 3.

[4] L. 17 pr. l. 78 [77]. l. 79 [78] § 2 D. 28, 5, § 6 I. 2, 14.

§ 552. [1] § 5 I. 2, 14. Er fällt weder an die Intestaterben, noch an die in einem früheren Testament Eingesetzten, wegen des Grundsatzes der Ausschließbarkeit der testamentarischen Berufung. S. § 537 [2], § 565 [1]. Hofmann krit. Studien im r. R. S. 128 fragt: warum hat denn das r. R. nicht die Einsetzung auf einen Theil des Nachlasses als eine fehlerhafte für ungültig erklärt? Er antwortet: wegen des favor testamenti, der aber nicht als „Pietät für den Erblasser", sondern objectiv als „Begünstigung der testamentarischen Erbfolge" zu denken sei. Also das r. R. zog es vor, daß der römische Bürger aus Testament, und nicht nach Gesetz, beerbt werde? Ich sehe den Grund in der Bedeutung, welche die Volksanschauung dem Worte heres beilegte. Vgl. § 553 [3], § 554 [15], § 562 [4].

[2] Oder es wird, was die einfachere Rechnung ist, für die vom Erblasser vergebenen Bruchtheile, nachdem sie auf gleiche Nenner gebracht sind, durch Zusammenrechnung ihrer Zähler ein neuer Nenner gefunden. L. 13 § 3. l. 79 [78] § 1 D. 28, 5, § 5. 7 I. 2, 14.

den Willen gehabt hat, den oder die Eingesetzten auf die ihnen angewiesenen Theile zu beschränken[3], und zugleich, wer nach seinem Willen den nicht vergebenen Theil erhalten soll[4], so wird dieser sein Wille indirect dadurch aufrecht erhalten, daß dem oder den Eingesetzten die Verpflichtung auferlegt wird, den nicht vergebenen Theil der Erbschaft als Vermächtniß an diejenige Person herauszugeben, welcher der Erblasser diesen Theil hat zuwenden wollen[5]; dieß ist möglicherweise der in einem früheren Testament Eingesetzte[6], mög-

[3] Was keineswegs nothwendig ist; der Erblasser kann auch aus Versehen die von ihm vergebenen Theile falsch bezeichnet haben. Vgl. § 5 I. cit. „Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias .... Non autem utique duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit". L. 13 § 1 D. 28, 5. L. 79 [78] § 1 D. 28, 5. „Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus, assem in dodrantem esse divisum respondi, modum enim duarum partium ex quadrante declarari".

[4] Was ebenfalls nicht nothwendig ist. Namentlich darf man nicht ohne Weiteres annehmen, der Erblasser habe den nicht vergebenen Theil seines Nachlasses den Intestaterben lassen wollen; es ist auch möglich, daß er sich weitere Verfügung über denselben habe vorbehalten wollen. Man denke auch an den Fall, wo die Bedingung einer der Erbeseinsetzungen ausfällt (l. 26 § 1 D. 35, 1), oder wo eine der Erbeseinsetzungen ungültig ist.

[5] Zwar die Theorie des Legates schloß die Annahme eines stillschweigenden Vermächtnisses aus, nicht aber die des Fideicommisses. S. § 633 [10] und im Besonderen l. 69 pr. D. 31.

[6] L. 30 [29] D. 36, 1, § 3 I. 2, 17. Es ist bestritten, ob diese Stellen ein Vermächtniß zu Gunsten des im ersten Testament Eingesetzten annehmen bloß auf Grund der Beschränkung der Erbeseinsetzung im zweiten Testament, oder ob der Entscheidungsgrund eine ausdrückliche Bestätigung des ersten Testaments durch das zweite ist. Für die erste Meinung haben sich ausgesprochen, übrigens im Einzelnen in der Interpretation abweichend, Neuner die heredis institutio ex certa re S. 76 fg. und Fein Fortsetzung von Glück XLV S. 267 fg., s. auch Seuffert § 548 [6], Unger § 24 [13], Brinz 2. Aufl. III S. 75, und die ersten Ausgaben dieses Lehrbuchs; dawider und für die zweite Meinung: Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 24 [12], Pabelletti die Lehre von der Erbeseinsetzung ex certa re S. 87 fg., E. A. Seuffert in der 4. Auflage von seines Vaters Lehrbuch § 548 [6], Arndts Forts. von Glück XLVII S. 418 fg., Schwing zur Lehre von der heredis institutio ex certa re S. 17 fg. Wie es sich auch hiermit verhalten mag, und wenn auch zugestanden wird, daß in den erwähnten Stellen ein unmittelbarer Beweis für den im Text aufgestellten Satz nicht enthalten ist, so liegt doch jedenfalls in der Freiheit, mit welcher die Quellen den Vermächtnißwillen überhaupt interpretiren und bei der Annahme eines stillschweigenden Fideicommisses verfahren ([5]), die volle Berechtigung, dem im früheren Testament Eingesetzten auch ohne ausdrückliche Bestätigung im zweiten Testament den Ueberschuß über die in diesem Testament vergebene Erbportion zuzusprechen, wenn nicht aus anderen Umständen auf den gegentheiligen Willen des Erblassers geschlossen werden kann. So auch Arndts u. Schwing a. a. OO.

licherweise der Intestaterbe[7]. Alles dieß aber nur unter der Voraussetzung, daß darüber kein Zweifel ist, daß der Erblasser die auf Weniger als das Ganze Eingesetzten in der That zu Erben und nicht zu bloßen Vermächtnißnehmern hat machen wollen[8]. Und vorbehaltlich, was das römische Recht angeht, der Erbeseinsetzung in einem Soldatentestamente; diese wird nach römischem Recht nur soweit vollzogen, als sie reicht, und der durch die Erbeseinsetzung nicht vergebene Theil der Erbschaft fällt als Erbschaft an denjenigen, welcher ohne diese Erbeseinsetzung das Ganze erhalten haben würde[9]. Heutzutage gilt diese Ausnahme nicht mehr[9a].

[Das BGB. ist dem Satze: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nicht gefolgt; hat der Erblasser weniger als das Ganze vergeben, so tritt in Ansehung des Restes die gesetzliche Erbfolge ein (2088); nur wenn erweislich nach dem Willen des Erblassers die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen, tritt eine verhältnißmäßige Erhöhung der ihnen zugewiesenen Bruchtheile ein (2089)].

2. Hat der Erblasser Mehr als das Ganze vergeben[10], so wird das zuviel Vergebene den Eingesetzten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile abgezogen[11]. Nur in dem Falle, wo der Erblasser zuerst Einen auf das ganze, darauf einen Andern auf einen Theil

---

[7] Neuner a. a. O. S. 61 fg. ist in dieser Beziehung anderer Meinung. Er glaubt, in unseren Quellen werde die Annahme eines stillschweigenden Fideicommisses an die Voraussetzung gebunden, daß der Honorirte „bei der Anordnung selbst genannt oder deutlich bezeichnet", oder „in einem andern Theil der letzten Willensordnung in anderer Beziehung" genannt sei. Ebenso E. A. Seuffert in der 4. Auflage von seines Vaters Lehrbuch § 541 [2]. Ich glaube zwar nicht mehr, wie in den ersten Auflagen dieses Lehrbuchs, daß diese Ansicht durch l. 69 pr. D. 31 direct widerlegt wird, halte sie aber immer noch für nicht entsprechend der Gesammtauffassung des r. R. S. die vorige Note und im Besonderen l. 114 § 14 D. 30, l. 11 § 4 D. 32. S. auch Arndts a. a. O. S. 415, und vgl. über l. 69 pr. cit. noch Schwing S. 67. Für die Neuner'sche Ansicht RG. XVII S. 143. — Dernburg III § 57 zu [10]. § 86 zu [9] nimmt nicht Vermächtniß zu Gunsten der Intestaterben, sondern Einsetzung derselben an.

[8] Daß einer solchen Auslegung für das heutige R. der vom Erblasser gebrauchte Ausdruck „Erbe" keine Schwierigkeit machen darf, darüber s. § 546 [8], § 553 [3. 16], Neuner a. a. O. S. 543.

[9] § 5 I. 2, 14, l. 37 D. 29, 1. S. auch § 553 [12 fg.].

[9a] Reichs-Militärgesetz 2/5 1874 § 44. Vgl. § 537 [4a].

[10] Wohin nicht bloß der Fall gehört, wenn der Erblasser alle Erben auf Bruchtheile, sondern auch der, wo er einen oder einige ausdrücklich auf das Ganze eingesetzt hat.

[11] Oder es wird auch hier ([2]) aus den Zählern der vergebenen Bruchtheile für dieselben ein neuer Nenner gebildet. L. 13 § 4—7. l. 15 § 1. l. 48 [47] § 1 D. 28, 5, § 7 I. 2, 14, s. auch l. 60 [59] § 1 D. 28, 5.

ernannt hat, ist im Zweifel als sein Wille anzusehen, daß der auf den Theil Ernannte den auf das Ganze Ernannten beschränken solle[12]. Sind bei Erschöpfung oder Ueberschreitung des Ganzen noch andere Erben ohne Theilbezeichnung eingesetzt, so gelten diese im Falle der Erschöpfung als auf ein zweites Ganze, im Falle der Ueberschreitung als auf das, was am zweiten Ganzen fehlt, berufen, und danach wird die Reduction gemacht[13].

[Den Satz zu [11] gibt **BGB.** 2090 wieder. Soviel den Satz zu [12] angeht, so ist, wenn wirklich Einer auf das Ganze, dann ein Anderer auf einen Theil eingesetzt ist, nach BGB. in Anwendung des § 2090 das Ganze wie der Theil entsprechend herabzusetzen. Möglicher Weise aber ist die scheinbare Einsetzung auf das Ganze nur eine Einsetzung ohne Theil; in diesem Falle behält der mit Theilbezeichnung Eingesetzte seinen ganzen Theil und der Andere erhält den Rest (2092 Abs. 1), so daß dann die Entscheidung mit dem Satze zu [12] übereinstimmt. Nicht angeschlossen hat sich das BGB. dem Satz zu [13]. Es gewährt vielmehr in den fraglichen Fällen jedem ohne Theilbezeichnung Eingesetzten unter entsprechender Herabsetzung der bestimmten Bruchtheile so viel, wie dem auf den geringsten Bruchtheil Eingesetzten (2092 Abs. 2). Wenn eingesetzt sind A auf $^1/_2$, B auf $^1/_3$, C auf $^1/_6$, D ohne Theil, so erhält nach gemeinem Recht A $^1/_4$, B $^1/_6$, C $^1/_{12}$, D $^1/_2$, nach BGB. dagegen erhalten D und C je $^1/_7$, A $^3/_7$, B $^2/_7$. Das BGB. stellt diese Regel zwar nur für den Fall auf, daß die bestimmten Bruchtheile das Ganze erschöpfen; die Regel ist aber unzweifelhaft auch anwendbar, wenn sie es überschreiten.]

γ. Einsetzung auf bestimmte Vermögensstücke*.

§ 553.

Die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück oder auf bestimmte Vermögensstücke[1] leidet möglicherweise an denselben

[12] So daß also in diesem Falle sich das gleiche Resultat ergibt, als wäre der Erste ohne alle Quantitätsbezeichnung zum Erben eingesetzt. So entschied Justinian in l. 23 pr. C. 6, 37. Freilich ist über die Auslegung dieser Stelle Streit; insbesondere hat Schrader civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1816) auszuführen gesucht, die Entscheidung Justinian's beziehe sich eines Theils auf jeden Fall, wo mehr als das Ganze vergeben sei, setze aber andererseits voraus, daß die verschiedenen Verfügungen an verschiedenen Orten des Testaments gemacht seien. S. dagegen Arndts RLex. III S. 921, Mühlenbruch XL S. 122 fg., Vangerow II § 449 Anm. Nr. I. B. 1. b, Sintenis III § 172[23], welche Schriftsteller aber ihrerseits nicht vollständig mit einander übereinstimmen, wie denn Sintenis Justinian's Verfügung auch in dem Fall angewendet wissen will, wo der Erste auf das Ganze in Bruchtheilen (z. B. $^{12}/_{12}$) eingesetzt worden sei. — Wie aber, wenn der Erblasser hinter der ersten Einsetzung nicht Eine, sondern mehrere andere gemacht hat und diese das Ganze erschöpfen oder überschreiten? In diesem Falle, an welchen Justinian offenbar nicht gedacht hat, ist ohne Zweifel wieder die Regel in Anwendung zu bringen. S. Mühlenbruch S. 132, Sintenis a. a. O. Anm. [24].

Fehler, wie die Erbeseinsetzung, durch welche nur ein Bruchtheil der Erbschaft vergeben ist[2]; jedenfalls aber enthält sie einen Widerspruch in sich selbst[2a]. Daher kann die in einer solchen Erbeseinsetzung enthaltene Verfügung nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß entweder von der Erbeseinsetzung oder von der Erwähnung des bestimmten Vermögensstückes abgesehen wird. Das römische Recht hat keinen Anstand genommen, das vorzugsweise Gewicht auf die Erbeseinsetzung zu legen[3], und demnach den auf ein bestimmtes Vermögensstück oder bestimmte Vermögensstücke Eingesetzten als schlecht-

---

[13] L. 17 § 2—5. l. 18. l. 20 § 1. l. 54 [53]. l. 79 [78] § 2. l. 88 [87] D. 28, 5 § 6. 8 I. 2, 14.

* Vgl. über diese Lehre außer den bei § 551 Genannten (Mühlenbruch XL S. 165 fg.) namentlich die Schrift von Neuner, die Heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. Fernere Literatur: v. Löhr ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 73 fg. (1849). Köppen System des heut. r. Erbr. im Grundriß (Würzburg 1867) S. 32—35. Th. Mommsen ZS. f. RGesch. VII S. 313 fg. (1868). G. Padelletti die Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re. Berlin 1870. Darüber Windscheid kr. VJS. XII S. 476 fg. Kuntze über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke (institutio ex re). Zwei akademische Programme 1875. Schwing zur Lehre von der heredis institutio ex re certa. Stralsund 1875. Ueber die beiden zuletzt genannten Schriften: Brinz kr. VJS. XVII S. 567 fg. [Hoffmann die heredis institutio ex re certa bei Concurrenz von gehörig eingesetzten Erben. Erl. Diss. 1897.]

§ 553. [1] Heredis institutio ex re certa, ex certa re, ex re. Näheres über den Begriff der res certa bei Neuner S. 528 fg. Einsetzung auf Vermögensstücke einer bestimmten Kategorie (z. B. bona paterna, materna, castrensia): l. 35. 79 [78] pr. D. 28, 5 [über diese Stelle eine Gießener Diss. von Geyl 1894.] l. 17 § 1 D. 29, 1. Einsetzung auf eine Geldsumme. Einsetzung auf den Nießbrauch des Vermögens: Neuner S. 548 fg., Vangerow § 449 Anm. 2 a. E. unter A, Sintenis § 172[22], Sf. XV. 141. — Ist auch die Erbeseinsetzung excepta re certa (l. 75 [74] D. 28, 5, l. 86 pr. D. 31) eine Einsetzung ex re certa? So Neuner S. 37 fg. 93 fg. 382 fg., Vangerow a. a. O. unter B, Padelletti S. 18; dagegen Mandry ACPra. LI S. 83 fg. (1868), wie mir scheint überzeugend, ebenso Schwing S. 15, Brinz Pand. 2. Aufl. III S. 79. Das Vermögen hört dadurch nicht auf, Vermögen (Vermögenseinheit) zu sein, daß ihm eine einzelne Sache entzogen wird; wäre es anders, so würde die Erbeseinsetzung auch durch Hinzufügung eines Vindicationslegates zu einer institutio ex re certa gemacht. Eine andere Auffassung des r. R. beweisen weder die oben genannten Stellen noch l. 19 D. 28, 2. Vgl. auch § 652[17]. [S. noch Sf. L. 182.]

[2] Wenn nämlich die vergebenen Vermögensstücke das Vermögen nicht erschöpfen.

[2a] Dieß leugnet Kuntze a. a. O. Die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück sei Erbeseinsetzung auf eine dem Werth dieses Vermögensstückes entsprechende Quote. Das ist eine kühne Behauptung. Wer einen Andern zum Erben einsetzt auf ein bestimmtes Vermögensstück, will eben, daß er auf dieses Vermögensstück Erbe werden soll, an eine Quote denkt er nicht. Vgl. Note [5 a. E.].

hin eingesetzt zu behandeln[4]. Und zwar wird dabei, wenn Mehrere in dieser Weise eingesetzt sind, der Verschiedenheit des Werthes der ihnen zugewiesenen Vermögensstücke auf die Bestimmung ihrer Erbtheile, und namentlich also auch ihrer Antheile an den Schulden, wenn nicht ein gegentheiliger Wille des Erblassers unzweifelhaft hervortritt, ein Einfluß nicht eingeräumt[5]. Hat aber der Erblasser in der That den Willen gehabt, den Eingesetzten auf den Einsetzungsgegenstand zu beschränken[6], und ist zugleich mit Sicherheit zu erkennen, wem er das Uebrige hat zuwenden wollen[7], so wird dieser

---

[3] Der Ausdruck „heres" war bei den Römern als Bezeichnung für den Gesammtnachfolger, für den zur Ausfüllung der Stellung des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Beziehung Berufenen weit unmißverständlicher, als es der heutige Ausdruck „Erbe" ist. Vgl. Neuner S. 22 fg. und § 546[8]. A. M. in Betreff des Grundes des r. Rsatzes Padelletti S. 8 fg.; gegen denselben gut Schwing S. 3 fg. 9 fg.

[4] L. 1 § 4 D. 28, 5 „Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione". L. 41 § 8 D. 28, 6; l. 75 [74] D. 28, 5. Einsetzung Mehrerer ex re certa: l. 9 § 13. l. 10. l. 11. l. 35 pr. § 1. 2. l. 79 [78] pr. D. 28, 5, l. 17 pr. D. 29, 1. Neuner S. 22 fg. 139 fg. 362 fg. [Heredis institutio ex re certa als Einsetzung auf den ganzen Nachlaß zu deuten, wenn das genannte Vermögensstück in Wirklichkeit oder nach der Vorstellung des Erblassers sein ganzes Activvermögen oder doch dessen Hauptbestandtheil ausmacht und der übrige Inhalt des Testaments nicht entgegensteht: Sf. XLIX. 257. — Vgl. Sf. XLIX. 260.]

[5] L. 11. l. 35 pr. § 1. 2. l. 79 [78] pr. D. 28, 5, l. 17 pr. D. 29, 1. Nicht einmal, daß die Mehreren auf verschiedene Theile der ihnen zugewiesenen Vermögensstücke eingesetzt sind, soll auf die Bestimmung ihrer Erbtheile von Einfluß sein, l. 10 D. 28, 5 (über die Lesart s. Neuner S. 135 fg. und Mommsen in seiner Ausgabe), ja selbst dann soll es nicht anders gehalten werden, wenn die Mehreren auf verschiedene Theile einer und derselben Sache eingesetzt sind, l. 9 § 13 D. 28, 5 — jedoch wird hier hinzugesetzt: „si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur". Am ehesten wird bei Einsetzung auf Geldsummen angenommen werden dürfen, daß der Erblasser die angewiesene Geldsumme als maßgebend für die Erbbetheiligung überhaupt habe setzen wollen. Neuner S. 131—139, Padelletti S. 25 fg. — Kuntze a. a. O. glaubt, daß ursprünglich in Rom allerdings die Quote des heres ex re certa nach dem Werth der ihm gegebenen res certa bestimmt worden sei (vgl. Note [2a]), und er sucht mit Anstrengung nach Spuren dieses früheren R. in der Compilation. Ich glaube nicht, daß sein Suchen ein fruchtreiches gewesen ist. Vgl. auch Brinz a. a. O.

[6] Es ist nicht nothwendig, daß er diesen Willen gehabt habe; es ist auch möglich, daß er der Meinung gewesen sei, sein Vermögen bestehe nur in dem genannten Vermögensstück oder den genannten Vermögensstücken, ja es kann sein, daß dieß zur Zeit der Erbeseinsetzung wirklich der Fall war, und erst später anderes Vermögen erworben worden ist. S. über den letzten Fall l. 19 § 2 D. 49, 17, und überhaupt Neuner S. 23 fg. 143. 365.

[7] Was ebensowenig nothwendig ist. Vgl. § 552[4].

sein Wille auch hier indirect dadurch zur Geltung gebracht, daß der Eingesetzte behandelt wird als beschwert mit dem Vermächtniß, denjenigen Theil seines Erbtheils, welchen der Erblasser ihm nicht hat zuwenden wollen, derjenigen Person herauszugeben, welcher der Erblasser ihn hat zuwenden wollen[8]. Im Einzelnen aber hat dieses Vermächtniß einen verschiedenen Inhalt.

a) Sind mehrere Erben neben einander auf bestimmte Vermögensstücke eingesetzt, so gilt jeder Eingesetzte als beschwert mit dem Einzelvermächtniß, dem Miteingesetzten denjenigen Theil des demselben zugewiesenen Vermögensstückes, welches der Miteingesetzte in der ihm anerfallenen Erbschaftsquote nicht hat, herauszugeben[9].

b) Steht aber der auf ein bestimmtes Vermögensstück Eingesetzte Intestaterben oder anderen in einem früheren oder demselben Testamente auf Bruchtheile oder schlechthin eingesetzten Erben gegenüber, so ist das ihm obliegende Vermächtniß kein Einzel-, sondern ein Erbschaftsvermächtniß; er ist verpflichtet, den genannten Personen seinen Erbtheil als solchen herauszugeben[9a], und behält bez. erhält das ihm zugewiesene Vermögensstück kraft eines in der Zuweisung liegenden Einzelvermächtnisses[10]. Für den Fall, wo es in demselben Testamente eingesetzte Erben sind, denen er gegenübersteht, hat Justinian bestimmt, daß der ihnen herauszugebende Erbtheil als ohne Weiteres, auch ohne Willenserklärung von Seiten des Beschwerten, an sie gefallen angesehen werden solle, so daß dieser dann den Miterben gegenüber im praktischen Resultat lediglich als Vermächtniß-

[8] Diese Person kann sein: a) der in demselben Testament Miteingesetzte, l. 35 pr. l. 79 [78] pr. D. 28, 5, l. 1 C. Greg. 3, 4, vgl. l. 17 pr. D. 29, 1 ([18]); b) der in einem früheren Testament Eingesetzte, vgl. l. 30 [29] D. 36, 1, § 3 I. 2, 17; c) der Intestaterbe. Das zu b und c Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. die Citate § 552 [6. 7] und Padelletti S. 4 fg. 87 fg., Kuntze II S. 12 fg., Vangerow II § 449 Anm. 2 Nr. I, Neuner S. 74. 143 fg. 364 fg.

[9] S. die Note [8] unter a) citirten Stellen. Neuner S. 143 fg. Theilweise abweichend Padelletti S. 20—27; gegen denselben Windscheid a. a. O. S. 480, Arndts Forts. von Glück XLVII S. 423, Schwing S. 58 fg.

[9a] Auch Dernburg III § 87 zu [5] nimmt in diesem Fall (vgl. § 552 [7] a. E.) Vermächtniß, nicht Erbeseinsetzung an.

[10] Er behält das ihm zugewiesene Vermögensstück, wenn er allein im Testamente eingesetzt ist. Hat er Miteingesetzte neben sich, so behält er das Vermögensstück zu seinem Erbtheil und erhält es zu den Theilen der Miteingesetzten. Aber auch was er behält, hat er kraft eines Vermächtnisses. Vgl. Neuner S. 95 fg. 166. 367 und unten § 652 [17]. A. M. Dernburg III § 87 [6].

nehmer auf das ihm zugewiesene Vermögensstück erscheint, während im Uebrigen seine Erbenqualität aufrecht erhalten bleibt[11].

Eine abweichende Behandlung läßt das römische Recht beim Soldatentestament eintreten[12]. Hier wird die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück als solche aufrecht erhalten. Daher erhält der Eingesetzte von Anfang an nichts Anderes, als das ihm zugewiesene Vermögensstück, und zwar als Erbschaft[13], und das durch die Erbeseinsetzung oder die Erbeseinsetzungen nicht Vergebene fällt an die sonst Berufenen direct, ebenfalls als Erbschaft[14]. Die Erb-

[11] Dieß ist der Sinn der l. 13 C. 6, 24, wie er von Neuner S. 385 fg. festgestellt worden ist. Ueber andere Auffassungen dieser vielbesprochenen Stelle s. dens. S. 313 fg., Vangerow § 449 Anm. 2 Nr. III, Sintenis III § 172 [21 a. E.], Kleinschmidt APraktRW. X S. 321. Was die neuesten Schriftsteller über unsere Lehre angeht, so theilt 1) Schwing a. a. O. die Neuner'sche Ansicht, bloß mit dem Unterschiede, daß er annimmt, in der l. 13 C. cit. habe Justinian nicht bloß die Neuerung getroffen, daß die Erbschaft auf den Erbschaftsvermächtnißnehmer ohne Restitution übergehen solle, sondern auch die fernere, daß sie übergehen solle nach dem SC. Trebellianum, während sich der Uebergang bis dahin (immer, auch bei Deckung der Falcidischen Quart durch die res certa) nach dem SC. Pegasianum vollzogen habe. Aber der Beweis, welchen Schwing für diese letztere Behauptung (die sich auch bei Arndts Forts. von Glück XLVII S. 432 findet) angetreten hat (S. 24 fg.), ist in keiner Weise gelungen. Vgl. Brinz a. a O. S. 576. 2) Padelletti dagegen ist zu der früher sehr verbreiteten Ansicht, daß der ex re certa Eingesetzte nach l. 13 cit. Singularvermächtnißnehmer schlechthin sei, zurückgekehrt, obgleich er sie doch wieder nicht consequent durchführt. S. gegen denselben Windscheid a. a. O., Arndts Forts. von Glück XLVII S. 434, Schwing S. 73 fg. 3) Im Resultat stimmt mit Padelletti überein Kuntze II S. 31. 37 fg., während dieser Schriftsteller in Betreff des früheren Rzustandes abweichender Meinung ist. 4) Brinz Pand. 2. Aufl. III S. 77. 78, welcher im Resultat die Neuner'sche Ansicht theilt, weist die Vermittelung durch Universalfideicommiß mit stillschweigender Restitution und Präception zurück. — Eine Consequenz aus der im Uebrigen aufrecht erhaltenen Erbenqualität des Eingesetzten ist namentlich, daß mit seiner Einsetzung den Vorschriften des Notherbenr. genügt ist, Nov. 115 c. 5 pr. S. auch Vangerow a. a. O. Nr. 3 a. Vgl. Sf. III. 347, VII. 335, IX. 51, XI. 51, XXXVI. 49, XXXVII. 43 u. 48 (RG. IV S. 119). [Anwachsung erst, wenn sämmtliche gehörig Eingesetzte weggefallen sind: Sf. LIV. 92.]

[12] Mühlenbruch XLII S. 82 fg., Neuner S. 485 fg., Vangerow § 449 Anm. 1 a. E. unter C.

[13] Vgl. l. 17 [16] § 6 D. 36, 1.

[14] L. 6. l. 11 § 2 — l. 13 pr. l. 17 pr. § 1 D. 29, 1, l. 19 § 2 D. 49, 17, l. 2 C. 6, 21. Widersprechend, wie es scheint, l. 17 pr. D. 29, 1. „Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset". Aber diese Stelle will nicht sagen, daß die vom Erblasser gewollte Vertheilung seines Vermögens

schaftsschulden trägt in diesem Falle der auf ein gewisses Vermögensstück (einen gewissen Vermögenscomplex) Eingesetzte, soweit sie zu diesem Vermögensstücke (Vermögenscomplex) gehören[15]. Diese Abweichung ist aber durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs beseitigt[15a], so daß die oben entwickelten Sätze jetzt in ganz Deutschland ausnahmslos gelten. Nur wird heutzutage in einem gegebenen Fall bei einer Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück die Auslegung, daß der Erblasser nicht Berufung zur Erbschaft, sondern Vermächtniß gemeint habe, weit eher erlaubt sein, als eine solche Auslegung den Römern dem Ausdrucke „heres" gegenüber erlaubt erschien[16].

[Das BGB. sagt: Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist (2087 Abs. 2). Mithin ist er als Vermächtnißnehmer zu betrachten. Die Möglichkeit aber, daß er nach dem Willen des Erblassers Erbe sein soll, erkennt das BGB. an. Möglicher Weise hat z. B. der Erblasser die dem Bedachten zugewiesenen Gegenstände für die einzigen (nennenswerthen) Gegenstände seines Vermögens angesehen, in welchem Falle die Zuwendung als Erbeseinsetzung gedeutet werden muß (vgl. Prot. der II. Comm. S. 6712. S. 8745, s. auch ob. Note [4]). Ist die Verfügung wirklich Erbeseinsetzung, so entstehen Auslegungsfragen, für deren Lösung das BGB. keinen Anhalt gibt; hat der Eingesetzte Miterben, so wird die Zuweisung der bestimmten Gegenstände eine Theilungsanordnung sein (2048). Möglicherweise liegt auch ein Vorausvermächtniß vor; andererseits ist möglich auch die Auffassung, daß der Eingesetzte im Wege des Vermächtnisses alles, was er außer den bestimmten Gegenständen von der Erbschaft hat, Dritten herausgeben soll.

Hat der Erblasser bestimmt, daß dem Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll (vgl. [1]), so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht;

auf dem Vermächtnißwege erreicht werde, sondern daß das praktische Resultat seiner Verfügung das gleiche sei, als wenn er die Erben ohne Erwähnung der ihnen zugedachten Vermögensstücke eingesetzt und ihnen die betreffenden Vermächtnisse auferlegt hätte. Vgl. l. 25 § 1 D. 10, 2 und l. 17 § 1 cit.

[15] L. 17 § 1 D. 29, 1. „Iulianus . . ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset". Die Schulden, welche zu einem bestimmten Vermögensstück (Vermögenscomplex) nicht gehören, sind nach dem präsumtiven Willen des Erblassers zu vertheilen, also im Zweifel mit Berücksichtigung des Werthes Dessen, was Jeder erhält. Freilich ist alles hier Gesagte sehr streitig. S. namentlich auch Brinz 2. Aufl. III S. 77—79.

[15a] Reichs-Militärgesetz 2/5 1874. S. § 537 [4a].

[16] Vgl. Note [3] und § 546 [8], § 552 [8]. Neuner S. 544 fg., Unger § 8 [4]. Vgl. Sf. VIII. 157.

der Fiscus aber wird in diesem Falle als gesetzlicher Erbe nicht mitgerechnet. Vielmehr behält der Eingesetzte selbst den Gegenstand, wenn ihn als gesetzlicher Erbe der Fiscus erhalten würde (2149).]

c. Nebenbestimmungen*.

α. Bedingung**.

§ 554.

1. Durch eine der Erbeseinsetzung hinzugefügte aufschiebende Bedingung wird der Anfall der Erbschaft hinausgeschoben[1]. Doch[2] kann der Eingesetzte auch vor Erfüllung der Bedingung die Erbschaft für den Fall des Anfalls provisorisch erwerben und in seinen Besitz bringen[3], muß aber wegen eventueller Herausgabe[4] derselben

* Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 45—276. Arndts RLex. III S. 927—939. Mayer § 20—24. Vering S. 321—337. Sintenis III § 173. Vangerow II § 434—438. Unger § 16—18.

** Dig. 28, 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6, 25 de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis. [Boßköhler die Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen. Greifsw. Diss. 1899.]

[1] L. 3. 69 D. 29, 2. Daher tritt der Anfall gar nicht ein, wenn der § 554. Eingesetzte vor Erfüllung der Bedingung stirbt (Note [4]). L. un. § 7 C. 6, 51; l. 60 [59] § 6 D. 28, 5, l. 23. 45 § 1 D. 28, 6, l. 9 i. f. D. 38, 16. Der Anfall wird hinausgeschoben: aber die Erbeseinsetzung ist nicht ungültig, nur einstweilen unwirksam. Deßwegen können die Intestaterben auch nicht verlangen, zugelassen zu werden (l. 39 D. 29, 2, l. 8 C. 6, 59, l. 5 D. 38, 16, vgl. § 537 [3]), und ein früheres Testament wird auch durch eine bedingte Erbeseinsetzung sofort aufgehoben (l. 16 D. 28, 3). Natürlich wird hier unter Bedingung nur die eigentliche Bedingung (I § 87) verstanden, vgl. l. 16 cit. — Uebrigens sind die Intestaterben bei bedingter Erbeseinsetzung auch schon deßwegen ausgeschlossen, weil, wenn sie einmal Erben geworden wären, sie nicht wieder aufhören könnten, Erben zu sein, s. Note [18], und aus demselben Grunde sind auch ausgeschlossen die neben dem bedingt Eingesetzten eingesetzten Erben (l. 59 § 6 D. 28, 5). Aus dem Grundsatz der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung dagegen, auf welchen man den Ausschluß der Intestaterben gewöhnlich zurückführt, würde sich dieser Ausschluß, auch wenn man jenen Grundsatz anerkennen wollte (vgl. I § 91, Unger § 16 [20]), nicht rechtfertigen; dieser Grundsatz würde immer noch zulassen, daß die Intestaterben einstweilen Erben würden, und nur hinterher rückwärts wieder aufhörten, Erben zu sein. Vgl. übrigens auch § 555 [4].

[2] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch S. 190 fg., Arndts S. 930 fg., Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 304. Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 II S. 118 fg. IV S. 284 fg., Sintenis III § 173 [29].

[3] Der römische Prätor ertheilte dem bedingt Eingesetzten auf sein Ansuchen bonorum possessio secundum tabulas. L. 5 pr. l. 6. 10. 12. i. f. D. 37, 11, l. 3 § 13 D. 37, 4, l. 1 § 7 D. 38, 17. Diese bonorum possessio ist eine gewöhnliche bonorum possessio edictalis, keine decretalis; im heutigen R. wird sie erworben, wie jede andere bonorum possessio (§ 596, 2). Recht-

den nach ihm Berechtigten[5] Sicherheit leisten[6]. In Einem Falle wird noch weiter gegangen: die Sicherheitsleistung gilt als Erfüllung der Bedingung[7]. Dieß tritt ein, wenn die Bedingung auf ein Nichtthun des Eingesetzten gestellt ist, und zwar auf ein Nichtthun der Art, daß eine Gewißheit desselben nicht vor dem Tode des Eingesetzten vorhanden ist[8]. Leistet der Eingesetzte die nöthige Sicherheit nicht,

---

liche Stellung nach dem provisorischen Erwerb: l. 23 pr. D. 28, 5. Dernburg III § 82 zu [7]: „dies ist nicht mehr im Gebrauch".

[4] Die Erbschaft muß herausgegeben werden nicht bloß wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, sondern auch wenn der Eingesetzte ihre Erfüllung nicht erlebt. S. die Stellen der Note [1]. Herausgabe mit Früchten und mit Ersatz des durch die Schuld des Eingesetzten entstandenen Schadens: arg. l. 76 § 7 D. 31, l. 79 § 2 D. 35, 1, Nov. 22 c. 44 § 2—4.

[5] Den Miterben, Substituten, Intestaterben. Ausdrücklich nennen die Quellen nur die Substituten, s. die Stellen der folgenden Note und Note [8] g. E. Diese Personen treten, wenn sie eintreten, als Erben ein; sie haben nicht etwa bloß obligatorischen Anspruch auf Herausgabe. L. 12 D. 2, 8, l. 1 § 7 D. 38, 17.

[6] L. 12 D. 2, 8, l. 8 D. 46, 5. Sicherheit durch Bürgschaft: l. 3 D. 46, 5, s. aber auch I § 134 [5] und Mühlenbruch S. 192.

[7] Oder mit andern Worten: die Bedingung wird verwandelt in eine Auflage, die Erbschaft unter der entgegengesetzten Bedingung herauszugeben. L. 4 § 1 D. 28, 7, l. 67 D. 35, 1. Diese Art der Behandlung gehört dem r. Civilr. an; die nach demselben zu leistende Sicherheit ist die cautio Muciana. Dieselbe ist zuerst für Vermächtnisse eingeführt, später aber auf Erbschaften übertragen worden. L. 7 pr. § 1. l. 18 D. 35, 1, l. 4 § 1 D. 28, 7. — Also der Erwerb in Folge der Mucianischen Caution ist ein definitiver, bloß mit einer obligatorischen Verpflichtung zur Restitution belasteter, während bei anderen Bedingungen die Erbschaft nur provisorisch erworben werden kann ([4]). Dieß übersieht Sintenis a. a. O., wenn er behauptet, im heutigen R. bestehe eine Verschiedenheit der bonorum possessio und der cautio Muciana gar nicht mehr. — Ueber den Gesichtspunkt, welcher das Civilr. bei der sofortigen Zulassung des Bedachten geleitet hat, vgl. l. 61 pr. D. 40, 4, und Arndts Beiträge S. 188. RLex. S. 932, Vangerow § 435 Anm. 3 Nr. I. 1, Scheurl Beiträge II. 2 S. 258 fg., E. A. Seuffert in den Zusätzen zu seines Vaters Lehrbuch III § 538 [a]. Der letztgenannte Schriftsteller nimmt, wohl mit Recht, außer der Verpflichtung aus dem geleisteten Versprechen Verpflichtung aus einem Erbschaftsvermächtniß an, „was von Belang ist namentlich wegen der Unzulässigkeit der Veräußerung von Vermächtnißgut". A. M. Brinz 2. Aufl. III § 427 [35].

[8] L. 73 D. 35, 1: — „in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur". Vgl. l. 67 [65] § 1 D. 36, 1: — „in condicionibus . . quae . . nisi fine vitae expleri non possent". Beispiele von Fällen, in denen die Erfüllung einer auf Nichtthun des Bedachten gestellten Bedingung auch vor seinem Tode sicher werden kann: l. 106 D. 35, 1 („si Titio non nupserit"), l. 101 § 3 eod., l. 72 § 2 eod. Doch soll auch in Fällen dieser Art die Caution zugelassen werden, wenn es nicht erlaubt erscheint, den Bedachten auf das Ereigniß, durch welches sein Nichtthun sicher werden kann, zu verweisen, l. 72 pr. D. 35, 1 („si a liberis

so wird für die Erbschaft ein Pfleger aufgestellt[9]. Es kann aber auch der Richter, wenn binnen einer von ihm festgesetzten Frist die Bedingung nicht erfüllt wird, die Erbschaft den Gläubigern ausantworten[10], und wenn die Erfüllung der Bedingung rein von der Willkür des Eingesetzten abhängt, so kann der Richter den Eingesetzten zur Erklärung darüber, ob er die Bedingung erfüllen wolle

---

non discessisset"). l. 72 § 1 eod. Die Caution wird übrigens gleichfalls zugelassen bei der Bedingung des Nichtfreilassens eines Sclaven, deren Erfüllung doch durch den Tod des Sclaven sicher werden kann, l. 7 pr. l. 67 D. 35, 1; vgl. über die verschiedenen Ansichten Mühlenbruch S. 261 fg., Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 37[2], Unger § 16[25], Vangerow § 435 Anm. 3 Nr. I. 3. b, Arndts S. 932, Puchta § 475[p], Sintenis S. 415 Anm., Scheurl Beiträge II. 2 S. 262, Brinz 2. Aufl. III § 427[29]. Es findet sich auch die Behauptung, man habe (bei Erbeseinsetzungen) die ganze Beschränkung (daß nicht die Erfüllung der Bedingung in anderer Weise als durch den Tod des Bedachten müsse sicher werden können) fallen lassen, so namentlich Arndts, Sintenis, Brinz a. a. OO.; s. dagegen Unger a. a. O., Vangerow a. a. O. Nr. II. — Für die Mucianische Caution gelten im Uebrigen dieselben Regeln wie für die Caution auf Grund des prätorischen Edicts. Sie geht ebenfalls auf Herausgabe der Erbschaft mit den gezogenen Früchten und Ersatz des durch die Schuld des Eingesetzten angerichteten Schadens, l. 76 § 7 D. 31, l. 79 § 2 D. 35, 1, Nov. 22 c. 44 § 2—4; wird geleistet durch Bürgschaftstellung, l. 106 D. eod., im Falle der Nov. 22 c. 44 durch Pfandbestellung bez. gesetzliches Pfandr. (vgl. I § 232[8]); dem eventuell Berechtigten, „ei . . . ad quem iure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest", l. 18 D. 35, 1. Was die Intestaterben angeht, s. speciell Nov. 22 c. 44. — Doch wird gerade für die Intestaterben, abgesehen von dem in der genannten Stelle bezeichneten Fall, geleugnet, daß ihnen die Caution geleistet zu werden brauche, so namentlich von Vangerow § 435 Anm. 3 Nr. III und den das. Citirten. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 4 § 1 D. 28, 7, l. 20 pr. eod., l. 7 § 1 D. 35, 1. Aber in den beiden in diesen Stellen behandelten Fällen ist der Entscheidungsgrund nicht der Mangel eines Cautionsberechtigten, sondern die Unmöglichkeit der Bedingung (genauer die Unmöglichkeit der Handlung, welche nicht vorgenommen werden soll, vgl. I § 87[5]), wie für l. 4 § 1 cit. namentlich auch aus dem Vergleich mit dem princ. deutlich hervorgeht, und wenngleich zugegeben werden muß, daß durch diese Erklärung für l. 4 § 1 cit. nicht alle Schwierigkeit beseitigt wird, so reicht doch die übrigbleibende Schwierigkeit m. E. nicht aus, um namentlich auch l. 18 D. 35, 1 gegenüber, den Ausschluß der Intestaterben, und, wie man, wenn man consequent sein will, hinzufügen muß, der Substituten, bei negativen Potestativbedingungen überhaupt zu rechtfertigen. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen derjenigen, welche die Intestaterben nicht ausschließen, Mühlenbruch S. 195 fg., Arndts Beiträge S. 189 fg. und RLex. S. 930 fg., Sintenis III § 173[29], Böcking Pand. II § 158[27], Scheurl Beiträge II. 2 S. 260 fg., und die bei Mühlenbruch und Arndts Citirten.

[9] S. § 447[4]. L. 23 § 2. 3 D. 28, 5, l. 1 § 1 D. 42, 7.

[10] L. 23 § 2 D. cit., l. 4 pr. D. 42, 5, l. 1 pr. § 1 D. 42, 7.

oder nicht, in derselben Weise anhalten, wie er den unbedingt Berufenen zur Erklärung darüber, ob er Erbe werden wolle oder nicht, anhalten kann[11].

[Das BGB. sieht in der aufschiebend bedingten Erbeseinsetzung eine Nacherbeseinsetzung. Hat der Erblasser die Vorerben nicht bestimmt, so sind es die gesetzlichen Erben (2105 Abs. 1). Hiermit werden alle besonderen Vorschriften über die Rechtslage bei schwebender Bedingung erspart. Vgl. unt. zu §§ 662 fg. Statt der cautio Muciana (zu [7 fg.]) stellt das BGB. den Satz auf, daß die aufschiebende Bedingung in eine auflösende verwandelt wird. Und zwar geschieht dieß (vgl. [8]) in jedem Falle, in welchem die Bedingung auf ein lediglich in der Willkür des Bedachten liegendes Unterlassen oder fortgesetzte Thun desselben während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer gestellt ist (2075). Ueber die Stellung des Erben bei auflösend bedingter Einsetzung s. unten zu 4 des Textes.

2. Für die Frage, was zur Erfüllung der einer Erbeseinsetzung hinzugefügten Bedingung erforderlich sei, ist entscheidend der durch Auslegung zu bestimmende Wille des Erblassers[12]. Hiernach ist im Besonderen die Frage zu beantworten, zu welcher Zeit das in der Bedingung genannte Ereigniß eintreten müsse, und namentlich, ob Eintritt vor dem Tode des Erblassers genüge[13]; ferner die Frage, ob die auf ein Thun des Eingesetzten gestellte Bedingung auch dann für erfüllt erachtet werden dürfe, wenn dem Eingesetzten das Thun ohne seine Schuld unmöglich geworden ist[14]. Sind der Erbeseinsetzung mehrere Bedingungen copulativ hinzugefügt, so müssen alle erfüllt werden; bei alternativ gestellten Bedingungen genügt die Erfüllung Einer[15]. Positiven Rechts ist die Bestimmung, daß die nicht

[11] L. 23 § 1 D. 28, 5, vgl. l. 29 D. 35, 1. Mühlenbruch S. 236 fg., Arndts S. 930 [144 a. E.], Vangerow II § 435 Anm. 1 Nr. 3, Dedekind das Deliberationsr. des Erben (Braunschweig 1870) S. 29 fg., Ubbelohde ACPra. LX S. 60 fg. Vgl. § 598 [5. 7].

[12] L. 19 pr. l. 101 pr. D. 35, 1 (I § 92 [2]).

[13] L. 2. 10. 11. l. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. 35, 1, l. 45 § 2 D. 31, l. 7 C. 6, 25. Arndts S. 929, Mühlenbruch S. 229 fg., Vangerow II § 435 Anm. 1, Sintenis III S. 419—420. Vgl. auch Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 36 lit. c. § 39 lit. b.

[14] Von dieser Frage ist ausführlich I § 92 gehandelt worden.

[15] L. 2 D. 28, 7, § 41 I. 2, 14. l. 78 § 1 D. 35, 1, l. 26 pr. eod. Ueber eine besondere Ansicht Huschke's in Betreff der Behandlung alternativer Bedingungen s. die Citate § 548 [16]. — Als alternative Bedingungen behandelt das r. R. auch die Bedingungen mehrerer an verschiedenen Stellen des Testaments zu Gunsten derselben Person gemachten Erbeseinsetzungen, d. h. es hält die eine Erbeseinsetzung neben der andern aufrecht, läßt nicht etwa die frühere durch die spätere aufgehoben werden. L. 17 D. 28, 7, l. 27 § 2 D. 28, 5. Aus demselben Grunde legt das r. R. der Bedingung der Erbeseinsetzung keine

erfüllte Bedingung als erfüllt gelten soll, wenn ihre Erfüllung durch denjenigen, welcher an ihrer Nichterfüllung ein Interesse hat, unredlicherweise gehindert wird[16. 17].

[Das BGB. gibt nur die Auslegungsregel, daß die Bedingung einer letztwilligen Zuwendung als eingetreten gilt, wenn sie den Vortheil eines Dritten bezweckt und dieser die zum Eintritt der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert. (2076). Zu [16. 17] vgl. BGB. 162.]

3. Unmögliche und unerlaubte Bedingungen gelten bei Erbeseinsetzungen, wie bei letztwilligen Verfügungen überhaupt, als nicht hinzugefügt. Hiervon ist vollständig I § 94 gehandelt worden[17a].

[Im BGB. nicht angenommen.]

4. Bisher ist nur von der aufschiebenden Bedingung die Rede gewesen. Was die auflösende Bedingung angeht, so kann zwar der

---

Wirkung bei, wenn sich neben der bedingten Erbeseinsetzung im Testament eine unbedingte zu Gunsten derselben Person findet, l. 27 § 1 D. 28, 5. Diese Behandlung, welche bei Vermächtnissen nicht eintritt (l. 12 § 3 D. 30, l. 40 § 2. l. 51 pr. l. 87. 89 D. 35, 1), hat ihren Grund in der ganz besonderen Bedeutung, welche das r. R. der Ernennung zum „heres" beilegte (Neuner die Heredis institutio ex re certa S. 22 fg., vgl. § 548 [16]), und darf daher für das heutige R. fallen gelassen werden, so daß auch für Erbeseinsetzungen in gleicher Weise wie für Vermächtnisse der wirkliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wird. Arndts RLex. III S. 887, Unger § 16 [14].

[16] S. I § 92 [10].

[17] L. 52 [53] C. 1, 3, welche in § 13. 14 [12] vorschreibt, daß die Bedingung des Kinderhabens auch durch ein feierliches Gelübde der Keuschheit unter Widmung des Vermögens zu frommen Zwecken erfüllt werden könne, ist nicht glossirt.

[17a] Jetzt hinzuzufügen: Hofmann kr. Studien im r. R. S. 144 fg. Die gleiche Behandlung muß bei der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung eintreten, welche ja nur eine in ihrer Kraft gesteigerte Erbeseinsetzung ist. Vgl. I § 94 [16] Andere lassen den Erbvertrag durch die Hinzufügung einer unmöglichen oder unsittlichen Bedingung nach der für Verträge geltenden Regel ungültig werden, so z. B. Beseler Erbverträge II. 1 S. 169. Eine eigenthümliche Ansicht hat Hartmann Erbverträge S. 51 fg. (unter Billigung von Arndts Haimerl's österr. VJS. VII S. 276) aufgestellt. Auf Grund seiner Auffassung des Erbvertrags als einer Erbeseinsetzung mit hinzugefügtem vertragsmäßigen Verzicht (§ 529 [8]) lehrt er, die unmögliche und unsittliche Bedingung mache zwar nicht die Erbeseinsetzung, wohl aber den Verzicht ungültig, so daß nun eine widerrufliche Erbeseinsetzung vorliege. Dagegen mit Recht Unger § 26 [14], obgleich dieser Schriftsteller Hartmann's Grundauffassung theilt. [Bedingung des Eintritts in den katholischen Priesterstand: Sf. L. 97. — Buonamici Bull. dell' istit. di dir. rom. VIII p. 31 s. Scialoja ib. p. 36 s. (1895): die unmögliche Bedingung gilt pro non scripto nur bei heredis institutio, legatum, fideicommissum, libertas. Störk die Behandlung unmöglicher Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen. Greifsw. Diss. 1897. Mazza sulla teorica delle condizioni illecite nei testamenti. Torino 1899 (modernes R.).]

Eintritt derselben nicht bewirken, daß der Eingesetzte, welcher Erbe geworden ist, wieder aufhöre, Erbe zu sein[18]; wenn aber darüber kein Zweifel ist, an wen nach dem Willen des Erblassers mit Eintritt der Bedingung die Erbschaft fallen soll, so muß der Eingesetzte diesem die Erbschaft als Erbschaftsvermächtniß herausgeben[19]. Nur beim Soldatentestamente bewirkt nach römischem Recht der Eintritt der auflösenden Bedingung directes Aufhören der Erbenqualität, so daß die Erbschaft weiter vergeben wird, wie sie in Ermangelung der Erbeseinsetzung von Anfang an vergeben worden sein würde[20];

---

[18] Dieß ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber es folgt mit Sicherheit daraus, daß für das Soldatentestament das Gegentheil als etwas Besonderes hervorgehoben wird (l. 15 § 4 D. 29, 1), und daß auch der Eintritt einer auflösenden Befristung die bezeichnete Wirkung nicht hat (§ 9 I. 2, 14, l. 34 D. 28, 5), wie es denn auch in anderer Beziehung für eine Unmöglichkeit erklärt wird, „ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse", l. 89 [88] D. 28, 5. (Wenn man für den Satz: semel heres semper heres noch zwei andere Stellen anführt, l. 7 § 10 D. 4, 4 und l. 3 § 2 D. 28, 2, so liegt doch auf der Hand, daß die erste nur den Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen R. hervorheben will, und daß die zweite es für unmöglich erklärt, die Erbschaft zu nehmen — nicht demjenigen, welcher seinerseits Erbe geworden ist, sondern — demjenigen, welcher durch das Erbewerden eines Andern bereits von der Erbschaft ausgeschlossen ist.) Ein Uebergang der Erbschaft auf die Intestaterben oder auf die in einem früheren Testament Eingesetzten ist übrigens schon mit dem Grundsatz von der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung (§ 537. 565) nicht verträglich.

[19] Auch das wird in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, und die herrschende Meinung erkennt es nicht an, jedenfalls wird es gewöhnlich nicht hervorgehoben (s. jedoch Mühlenbruch XL S. 192. XLI S. 267, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 36, ausdrücklich dagegen neuerdings Czyhlarz Resolutivbedingung S. 21). Aber ich sehe nicht ein, warum nicht hier mit demselben Recht ein stillschweigendes Erbschaftsvermächtniß sollte angenommen werden dürfen, wie bei der Erbeseinsetzung ex certa parte oder ex certa re (§ 552 [5—7], § 553 [8]). Vgl. noch Eisele Jahrb. für Dogm. XXIII S. 145. — Ein anderer Weg, welcher eingeschlagen worden ist, um den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, besteht darin, daß die auflösende Bedingung in eine aufschiebende verwandelt wird (v. Wening-Ingenheim ACPra. I S. 148 fg., Zimmern das. VII S. 125 fg., Mayer § 20 [5]); aber dieser Weg ist mit R. von Andern verworfen worden (Thibaut das. V S. 317 und VII S. 353 fg., Vangerow II § 434 [1] und die das. Citirten), obgleich anerkannt werden muß und anerkannt worden ist, daß eine nach dieser Seite gehende Auslegung unter Umständen nicht unmöglich ist.

[20] L. 15 § 4 D. 29, 1, vgl. l. 41 pr. D. eod., l. 8 C. 6, 21. Mühlenbruch XLII S. 103 fg. glaubt nach dem Vorgange von Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 307 fg., daß auch in diesem Falle der Nacherbe die Erbschaft nur auf dem Wege des Erbschaftsvermächtnisses erhalten habe; seine Gründe sind nicht überzeugend, s. dawider auch Neuner die

heutzutage gilt das nicht mehr[21]. — Unrichtig ist es, zu sagen, daß die auflösende Bedingung bei der Erbeseinsetzung unzulässig sei[22], wonach sie entweder als nicht hinzugefügt zu behandeln sein würde, oder die Erbeseinsetzung ungültig machen würde; tritt sie vor dem Erbschaftsantritt ein, so verliert die Erbeseinsetzung ihre Kraft[23], fällt sie vor dem Erbschaftsantritt aus, so wirkt die Erbeseinsetzung als unbeschränkte[24].

[Nach BGB. gilt der Satz: semel heres semper heres nicht. Ist die Erbeseinsetzung auflösend bedingt, so ist der also Eingesetzte Vorerbe. Mit Eintritt der Bedingung hört er auf, Erbe zu sein und die Erbschaft fällt an einen Nacherben. Ist dieser vom Erblasser nicht bestimmt, so sind Nacherben diejenigen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Eintrittes der Bedingung gestorben wäre. Würde aber danach der Fiscus als gesetzlicher Erbe eintreten, so behält statt seiner der Vorerbe die Erbschaft (2104, vgl. 2100. 2139). Die Sätze zu [23. 24] bleiben für das BGB. mit der Maßgabe zutreffend, daß an Stelle des Antritts der Erbschaft der Erbfall tritt.]

β. Befristung.

§ 555.

Die auflösende Befristung kann so wenig, wie die auflösende Bedingung, bewirken, daß der Eingesetzte aufhöre, Erbe zu sein[1]; auf dem Umwege des Erbschaftsvermächtnisses kann möglicherweise auch hier geholfen werden[1a]. Aber auch der aufschiebenden Befristung wird (nach römischem Recht abgesehen vom Soldatentestamente[2]) nicht direct[3], sondern nur durch Vermittelung eines aus der Verfügung des Erblassers durch Auslegung entnommenen Erbschaftsvermächtnisses Folge gegeben — vorausgesetzt auch hier, daß der Wille

---

Heredis institutio ex re certa S. 487[11], Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 90, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 12.

[21] Reichs-Militärgesetz 2. Mai 1874. S. § 537[4a].

[22] Vgl. I § 95.

[23] L. 72 D. 29, 2. Vgl. § 562[4], § 598[3].

[24] Wenn es in § 9 I. 2, 14 auch vom dies ad quem heißt: „diem adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset" (s. auch l. 34 D. 28, 5), so hat das seinen Grund darin, daß der dies nicht wegfallen kann. — Das vorstehend (von Note [22] an) Gesagte ist ausgeführt worden von Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 132 fg.

[1] S. l. 34 D. 28, 5, § 8 I. 2, 14; l. 15 § 4. l. 41 pr. D. 29, 1, l. 8 C. 6, 21. § 555.

[1a] S. § 554[19].

[2] L. 41 pr. D. 29, 1. S. § 554[21].

[3] Der Eingesetzte wird trotz der Befristung Erbe sofort. L. 34 D. 28, 5, § 9 I. 2, 14. Nach dem Willen des Erblassers soll zwar die Erbeseinsetzung

des Erblassers, wer bis zu dem bezeichneten Termine die Erbschaft haben solle, unzweifelhaft anerkannt werden könne[4].

Was als Befristung ausgedrückt ist, kann möglicherweise in der Wirklichkeit Bedingung sein; s. darüber I § 96a. [4a]

[Im BGB. ist die aufschiebend befristete Einsetzung Nacherbeseinsetzung, die auflösend befristete ist Vorerbeseinsetzung, beides mit den gleichen Maßgaben wie bei der aufschiebenden und auflösenden Bedingung (2105. 2104 vgl. ob. zu § 554, 1. 4.]

γ. Voraussetzung.

§ 556.

Von der auf einen vergangenen oder gegenwärtigen Umstand gerichteten Voraussetzung ist bereits oben § 548 Ziff. 2 unter einem andern Gesichtspunkt gehandelt worden: eine solche Voraussetzung[1] schließt nämlich nothwendigerweise einen Irrthum in sich, und so kann als das den Bestand der Erbeseinsetzung Beeinflussende auch der Irrthum angesehen werden. Die einer Erbeseinsetzung hinzugefügte Voraussetzung kann aber auch auf die Zukunft gerichtet sein, und namentlich[2] ist eine Voraussetzung der Erbeseinsetzung in jeder

---

Wirksamkeit nicht sofort, sondern erst mit dem Eintritt des bezeichneten Termins erlangen. Aber auch vorher schließt die Erbeseinsetzung sowohl die Intestat- als die in einem früheren Testament eingesetzten Erben nach denselben Grundsätzen aus, wie die Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 554 [1]), und hat der Erblasser nicht den Willen gehabt, für die Zwischenzeit die Erbschaft einem Andern zuzuwenden, so enthält sie eine „sinn- und nutzlose Einschränkung", sie ist nur eine „Chikane gegen die Erbschaftsgläubiger". Brinz 1. Aufl. S. 772, Köppen die Erbschaft S. 100—101. — Andere haben die Unwirksamkeit der einer Erbeseinsetzung hinzugefügten aufschiebenden Befristung daraus erklären wollen, daß eine Erbschaft zu keiner anderen Zeit vererbt werden könne, als zur Zeit des Todes des Erblassers. Huschke Rhein. Mus. VI S. 323, Mühlenbruch XL S. 188; dagegen mit Recht Köppen und Brinz a. a. O., welche übrigens den Fall, wo der Erblasser den Willen gehabt hat, die Erbschaft bis zu dem bezeichneten Termin einem Andern zuzuwenden, nicht ins Auge fassen.

[4] Vgl. § 554 [19]. — Kann nicht auch in der Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung ein stillschweigendes Erbschaftsvermächtniß liegen? Ich glaube nicht, daß im Zweifel als Wille des Erblassers angenommen werden darf, daß für den Fall des Eintritts der Bedingung der Eingesetzte den bis dahin erfallenen Ertrag der Erbschaft nicht haben solle. S. übrigens auch Unger § 16 [20].

[4a Brunetti il dies incertus nelle disposizione testamentarie. Firenze 1893. Dazu Segré rivista ital. per le scienze giuridiche XVIII p. 816 s., zu beiden Schneider kr. VJS. XXXIX S. 383 fg.]

§ 556. [1] Die herrschende Meinung setzt auch hier, wie überhaupt, an die Stelle der allgemeinen Kategorie der Voraussetzung die speciellere des Modus. Vgl. I § 97 [1]. Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 268 fg.

dem Eingesetzten gemachten Auflage enthalten. In einem solchen Falle richtet zwar das Recht in erster Linie sein Bestreben darauf, die Erfüllung der Auflage zu erzwingen; bleibt dieselbe aber trotzdem unerfüllt, so wird dem Eingesetzten die Geltendmachung seines Erbrechts versagt, und er ist verpflichtet, die Erbschaft demjenigen herauszugeben, welcher sie ohne diese Erbeseinsetzung erhalten haben würde [3].

[Ueber die Auflage bei der Erbeseinsetzung vgl. das unten nach § 661 Gesagte. Ueber den Einfluß des Irrthums im Motive auf die letztwilligen Verfügungen s. ob. S. 240 fg.]

2. Die Substitutionen*.

a. Die gewöhnliche Substitution (Nacherbeseinsetzung)**.

§ 557.

Die gewöhnliche Substitution ist die Einsetzung eines Erben an Stelle eines andern zuvor Eingesetzten für den Fall, daß dieser Letztere nicht Erbe werden sollte [1]. Die gewöhnliche Substitution ist eine bedingte Erbeseinsetzung und steht daher unter den Grundsätzen wie der Erbeseinsetzung überhaupt, so der bedingten Erbeseinsetzung im Besonderen [2]; was sich sonst noch über sie sagen läßt,

---

[2] Eine andere praktisch wichtige Anwendung der auf die Zukunft gestellten Voraussetzung bei der Erbeseinsetzung s. § 568 [5. 6]. Vgl. auch Sf. XXXII. 328.

[3] L. 1 § 3 D. 27, 2, l. 8 § 6 D. 28, 7 (vgl. 1 § 94 [15]). Vgl. I § 99 [2] und aus meiner Schrift über die Voraussetzung Nr. 50. 54. 79. 104. 106. Unger § 18. Ueber die Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Voraussetzung s. I § 100. [Vgl. auch Lammfromm Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Leipz. 1897 S. 78 fg., Feigel die Auflage nach dem BGB. Erl. Diss. 1898.]

* Dig. 28, 6 de vulgari et pupillari substitutione. Cod. 6, 26 de impuberum et aliis substitutionibus. — Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 248 fg. XLI S. 1—44. Arndts RLex. X S. 653 fg. Mayer § 34—43. Bering S. 338 fg. Sintenis III § 174—176. Vangerow II § 450—456. Unger § 19. 20.

** Substitutio vulgaris (vgl. l. 1 § 2 D. 28, 6, Mühlenbruch S. 260, Bering S. 338). Von derselben handelt im Besonderen der Titel der Institutionen 2, 15 de vulgari substitutione.

[1] Pr. I. 2, 15. „Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta 'si ille heres non erit, ille heres esto', et deinceps in quantum velit testator substituere potest . . .“ L. 1 pr. l. 36 pr. D. 28, 6. — Man hat den Substituirten einen Nacherben genannt (so auch Mühlenbruch): das ist nicht genau, da ja der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird. Man hat es hier nicht mit einem Vor- oder Nacherben, sondern mit einem Vor- und Naheingesetzten zu thun. Vgl. Unger Anm. 3. § 557.

besteht aus Auslegungsregeln. So ist namentlich [3] im Zweifel anzunehmen: daß der Erblasser den Nacheingesetzten habe berufen wollen sowohl für den Fall, wo der Voreingesetzte nicht Erbe werden kann, als für den Fall, wo derselbe nicht Erbe werden will [4], mag auch der Erblasser nur einen dieser beiden Fälle genannt haben [5]; daß der Erblasser den Nacheingesetzten auch für den Fall habe berufen wollen, wo der Voreingesetzte zwar Erbe wird, aber den Erbschaftserwerb wieder rückgängig macht [6]; daß umgekehrt der Erblasser den Nacheingesetzten habe ausschließen wollen auch für den Fall, wo der Voreingesetzte zwar nicht selbst Erbe wird, aber aus seiner Person ein Anderer [7]; daß mehrere Nacheingesetzte, wenn sie zugleich an erster Stelle eingesetzt sind [8], auf ihre Einsetzungstheile berufen sein

[2] Daher ist es namentlich erforderlich, daß der Nacheingesetzte den Nacheinsetzungsfall erlebe. L. 60 [59] § 6 D. 28, 5, l. 23. 45 § 1 D. 28, 6, l. 81 D. 29, 2, l. 9 D. 38, 16. Nur das ist hier anders als bei anderen bedingten Erbeseinsetzungen, daß der Nacheingesetzte keinen Anspruch auf provisorischen Besitz der Erbschaft hat, obgleich er vom provisorischen Erwerbe nicht ausgeschlossen ist, l. 9 C. 6, 9 (§ 597 [2]). Er hat ferner das R., durch den Richter dem Voreingesetzten eine Frist bestimmen zu lassen, binnen welcher derselbe sich darüber zu erklären hat, ob er die Erbschaft antreten will oder nicht. Vgl. § 598 [5. 7].

[3] Vgl. ferner § 559 [11]; l. 19 D. 28, 5; l. 41 § 4 D. 28, 6, l. 60 [59] § 3 D. 28, 5; l. 74 [73] D. eod. Vgl. auch l. 42 D. 28, 6, l. 10 C. 6, 26. Substitution an eigener Stelle: l. 48 § 1. l. 10 § 7 D. 28, 6.

[4] Vgl. l. 3 C. 6, 24.

[5] So die herrschende Meinung unter Berufung auf l. 29 § 5 D. 28, 2, l. 23 [22] pr. D. 36, 1. Mayer § 35 [2], Sintenis § 174 [7]. Nicht soweit wollen gehen Mühlenbruch S. 301 fg., Arndts S. 656, Unger Anm. [4].

[6] Durch beneficium abstinendi (§ 595) oder in integrum restitutio. L. 44 D. 42, 1, vgl. l. 12 pr. D. 11, 1, l. 24 § 4 D. 4, 4. Mühlenbruch XL. S. 360 fg., Arndts S. 659—660. Ueber l. 7 § 10 D. 4, 4 s. Mühlenbruch S. 362, Arndts RLex. IV S. 23 [167]. Anders, wenn dem Voreingesetzten die Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit entzogen wird, l. 12 pr. D. 29, 5. Mühlenbruch S. 359—360.

[7] Die Quellen enthalten die Entscheidung, daß der Nacheingesetzte auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Voreingesetzte durch seinen Antritt nicht sich, sondern seinen Gewalthaber zum Erben macht, § 4 I. 2, 15, l. 41 [40] D. 28, 5, s. übrigens auch l. 3 C. 6, 24. Dieß kann nun zwar im heutigen Re nicht mehr vorkommen (II § 516); dagegen kennt das heutige R. noch Fälle, in welchen die Erbeseinsetzung des Einen dem Andern in der Weise zu Gute kommt, daß dieser selbst aus ihr die Erbschaft erwerben kann (§ 600. 601). Doch ist nicht für alle diese Fälle der Ausschluß des Nacheingesetzten allgemein anerkannt; s. Mühlenbruch XL S. 334 fg. 348 fg. XLIII S. 224 fg., Arndts S. 656—658, Sintenis § 174 [23], Holzschuher II § 163 Nr. 5. Jedenfalls scheint mir das Argument gegen den Ausschluß, welches man aus l. 72 D. 29, 2 für den in dieser Stelle bezeichneten Fall hat entnehmen wollen, nicht

sollen [9]; daß der Nacheingesetzte zweiter Ordnung (der hinter einem Nacheingesetzten Eingesetzte) berufen sein solle auch wenn sein Vormann vor dem Ersteingesetzten wegfalle [10], und daß er, wenn dieser Vormann zugleich Eingesetzter ist, nicht bloß dessen Nacheinsetzungstheil, sondern auch dessen Einsetzungstheil erhalten solle [11].

[Im BGB. heißt der Substitut Ersatzerbe (2096); der Ausdruck Nacherbeseinsetzung für die Substitution muß streng vermieden werden, da dieser Ausdruck etwas ganz Anderes bezeichnet (2100 fg.). BGB. 2097 enthält den Satz zu [4. 5]. § 2098 Abs. 1 entspricht dem Satze zu [8. 9]. — § 2098 Abs. 2 fügt hinzu, daß, wenn die Erben gegenseitig als Ersatzerben eingesetzt sind, diejenigen, welche auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind, im Zweifel als Ersatzerben für diesen Erbtheil den Andern vorgehen, was auch für das gemeine Recht zutraf. Den Satz zu [10] hat das BGB. nicht aufgestellt, er ist aber dennoch als auch für das BGB. richtig anzuerkennen; dagegen muß die Auslegung im Einzelfalle entscheiden, ob der Satz zu [11] dem Willen des Erblassers entspricht oder nicht.]

b. Die Pupillarsubstitution*.

§ 558.

Die Pupillarsubstitution ist ein Fall der Erbeseinsetzung an Stelle eines Andern in dem Sinne, daß an Stelle des Andern nicht Jemand zum Erben eingesetzt wird, sondern Jemand zum Erben einsetzt. Das Recht zu einer Erbeseinsetzung für einen Andern in diesem Sinne steht dem Gewalthaber gegenüber dem gewaltunterworfenen Kinde für den Fall zu, daß das Kind das zur Errichtung eines eigenen Testaments erforderliche Alter nicht erreichen sollte,

---

minder schwach zu sein, als das Argument für den Ausschluß, welches für einen andern Fall Viele in l. un. § 13 C. 6, 51 gefunden haben. Sf. XXXII. 253.

[8] Mögen die Eingesetzten sich gegenseitig substituirt sein (§ 1 I. 2, 15, l. 4 § 2. l. 23 D. 28, 6) oder nicht (l. 5 D. 28, 6).

[9] § 2 I. 2, 15, l. 24. l. 41 § 1 D. 28, 6, l. 1 C. 6, 26, l. 5 D. 28, 6 (Mühlenbruch S. 311 fg.). Ist aber den eingesetzten Nacheingesetzten ein Nichteingesetzter als Nacheingesetzter hinzugefügt, so wird für diesen ein Kopftheil ausgeschieden, l. 32 D. 28, 6. Vgl. Mühlenbruch S. 317 fg., Vangerow § 451 Anm. 3 a. E.

[10] L. 41 pr. D. 28, 6.

[11] § 3 I. 2, 15, l. 27. l. 41 pr. D. 28, 6. Beide hier genannten Sätze drücken die Regel aus: substitutus substituto censetur substitutus instituto.

* Von derselben handelt außer den vor § 557 citirten Pandekten- und Codextiteln der Institutionentitel 2, 16 de pupillari substitutione. Literatur a. a. O. S. ferner Baron Gesammtverhältnisse S. 453—536. Pietak AcPra. LVIII S. 378 fg. LIX S. 1 fg. (1875. 1876). [Costa Bull. dell' ist. di dir. Rom. VI p. 245 s. (1899).]

und dieß ist eben Pupillarsubstitution [1]. Die Bezeichnung Substitution für eine Erbeseinsetzung dieser Art ist hergenommen von dem als gewöhnlich gedachten Fall, daß der Gewalthaber zugleich das Kind zu seinem eigenen Erben ernennt [2]; aber nothwendig ist dieß nicht [3]. Und auch in dem Falle, wo der Gewalthaber zugleich das Kind sich zum Erben ernennt, ergreift doch die Pupillarsubstitution nicht bloß das dem Kinde vom Gewalthaber hinterlassene, sondern auch das von dem Kinde später erworbene Vermögen [4], und selbst wenn in einem gegebenen Falle der Substitut nichts erhält, als das vom Gewalthaber dem Kinde hinterlassene Vermögen, bleibt es immer wahr, daß er nicht Erbe des Vaters, sondern Erbe des Kindes ist [5].

So unzweifelhaft dieß nun aber auch ist und so bestimmt die bezeichnete Auffassung der Pupillarsubstitution in den Quellen anerkannt und hervorgehoben wird [6], so geht doch durch die Quellen zugleich eine andere Strömung, nach welcher der Gewalthaber in der Pupillarsubstitution in der That sich und nicht dem Kinde einen Erben ernennt [7]. Vielleicht daß diese Auffassung die ursprüngliche

§ 558. [1] Pupillarsubstitution heißt sie, weil sie einem pupillus impubes, gemacht wird; denn das zur Errichtung eines Testaments erforderliche Alter ist eben das Alter der Pubertät, § 542 [8]. L. 2 pr. D. 28, 6. „Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quattuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim". L. 3 § 5 eod.: — „si filius meus intra quartum decimum annum decesserit". L. 1 § 1. l. 46. 47 D. 28, 6; l. 4 i. f. l. 41 § 8 eod.; l. 31 § 1. l. 39 D. 28, 6; l. 28 D. 42, 5. Pr. I. 2, 16: — „si filius meus prius moriatur quam in tutelam suam venerit". L. 8 § 1 D. 37, 11.

[2] Pr. I. 2, 16 — „'Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit' (id est pubes factus sit), 'tunc Seius heres esto'". L. 1 § 1 D. 28, 6.

[3] S. § 559 [12].

[4] S. § 559 [13].

[5] Das Vermögen des Gewalthabers hat eben dadurch, daß das Kind sein Erbe geworden ist, aufgehört, Vermögen des Gewalthabers zu sein, und ist Vermögen des Kindes geworden. Es besteht also auch in diesem Falle zwischen der Pupillar- und der Vulgarsubstitution nur eine Uebereinstimmung der äußern Erscheinung, nicht des innern Wesens.

[6] L. 2 D. 28, 6 (1). Pr. i. f. I. 2, 16: — „nam moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant". S. auch § 1. 2 eod. Gai. II, 180: — „quo casu si . . heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus". L. 10 § 5 D. 28, 6, l. 8 § 1 D. 37, 11, und viele andere Stellen.

[7] Dieß wird anerkannt von: Francke R. der Notherben S. 458 fg., Keller Institut. § 288 und Pand. § 488, H. Pernice Jahrb. des gem. R.

des römischen Rechts gewesen ist [8]; jedenfalls zeigt das römische Recht in seiner letzten Ausbildung eine Reihe von Sätzen, welche sich nur aus dieser Auffassung erklären [9].

§ 559.

Die näheren Regeln für die Pupillarsubstitution sind folgende [1].

1. Das Recht zur Pupillarsubstitution steht, wie bemerkt, dem Vater gegenüber dem Kinde in der Gewalt zu [1a]. Das gleiche Recht wie der Vater hat aber der fernere Ascendent gegenüber dem Enkel in der Gewalt, vorausgesetzt, daß diese Gewalt eine unmittelbare ist [2]. Der Zeitpunkt, zu welchem Gewalt und Unmittelbarkeit der Gewalt

---

I S. 239, Brinz 1. Aufl. S. 779, Vangerow § 452 Anm. (S. 177) und den übrigen von diesem Letzteren Citirten, ferner von Schirmer zu Puchta 12. Aufl. § 478 [e]. Bestritten wird es, in einer mich nicht überzeugenden Weise, von Pictak in dem in Note * genannten Aufsatz. Baron a. a. O. hat den bezeichneten Gedanken dahin auszubilden versucht, daß (im Falle der Einsetzung des Kindes) sofort mit dem Tode des Gewalthabers wie das Kind so der Pupillarsubstitut, beide als Einheit, Erben des Vaters seien, und sieht darin eine fernere Anwendung des von ihm aufgestellten Begriffs des „Gesammtverhältnisses". Vgl. I § 169 a [8 a. E.], II § 293 [1 a. E.] § 499 [6].

[8] Ich lege mir dieselbe in der Weise zurecht, daß das r. R. sich die Herrschaft des Gewalthabers in seinem Hause (im römischen Sinne des Wortes) auch nach seinem Tode als fortlebend gedacht habe (also auch in Betreff des später in das Haus gebrachten Vermögens), so lange der zur Nachfolge in diese Herrschaft Berufene sie selbst auszuüben nicht im Stande war. Wie der Gewalthaber sich für diese als fortdauernd gedachte Herrschaft einen Vertreter ernennen konnte (den tutor, II § 433, 1), so konnte er kraft derselben nach wie vor über das Hausvermögen als eigenes verfügen.

[9] S. § 559, 5. 6. 7. 8. Auf dieser Auffassung beruht es auch, daß es für die Pupillarsubstitution eine jedenfalls zulässige Formel war: — „tum ille *mihi* heres esto". Cic. de invent. II, 42 de orat. II, 32, l. 1 § 1. l. 41 § 8 D. 28, 6, l. 8 § 1 D. 37, 11. — In den ersten Ausgaben [bis zur 4.] war für diese Auffassung auch l. 46 D. 28, 6 angeführt. Es ist Pietak (a. a. O. S. 425) zuzugeben, daß die Beweiskraft dieser Stelle durch l. 7 § 2 D. 29, 2 abgeschwächt wird.

[1] Auslegungsregeln enthalten: l. 3. 8 § 1 D. 28, 6; l. 10 pr. D. 28, 6, § 559. l. 9 D. 28, 6, l. 11 C. 6, 26 (Arndts S. 667 [84]); l. 47 D. 28, 6 (Vangerow II § 453 Anm. 2).

[1a] Auch gegenüber dem durch Adoption der Gewalt Unterworfenen, l. 10 § 6 D. 28, 6. Nicht gegenüber dem emancipirten Kinde, l. 2 pr. D. 28, 6. Nicht der Mutter; dieselbe kann wie jeder Fremde den Zweck der Pupillarsubstitution nur auf dem Wege der Vulgarsubstitution bei bedingter Institution des Kindes, und nur für das Vermögen, auf welches sie das Kind instituirt, erreichen, l. 33 D. 28, 6.

[2] L. 2 pr. l. 41 § 2 D. 28, 6. — Deßwegen ist es eine Ungenauigkeit, welche sich die Darstellung erlaubt, wenn sie statt von „Gewalthaber" oder „Ascendent" von „Vater" spricht; aber sie erzielt dadurch eine größere Faßlichkeit.

vorhanden sein müssen, ist der des Todes des Gewalthabers, nicht der der Errichtung der Pupillarsubstitution[3]. Dem wirklich der Gewalt Unterworfenen steht gleich der erst nach dem Tode des Erblassers Geborene, welcher bei früherer Geburt unter seiner (unmittelbaren) Gewalt zur Zeit seines Todes gestanden haben würde[4]. Dadurch, daß das Kind nach dem Tode des Gewalthabers in eine fremde väterliche Gewalt übertritt, wird die Pupillarsubstitution an und für sich ungültig[5]; jedoch wird sie indirect aufrechterhalten[6].

2. Die Pupillarsubstitution kann nicht auf den Fall des Todes des Kindes nach Erreichung des Pubertätsalters erstreckt[7], wohl aber auf den Fall des Todes vor Erreichung eines früheren Alters beschränkt werden[8].

3. Die Pupillarsubstitution braucht nicht ausdrücklich gemacht zu werden[9]. Sie ist im Zweifel nicht bloß in der Substitution im Allgemeinen (Substitution ohne nähere Bezeichnung)[10], sondern auch

---

[3] L. 2 pr. l. 41 § 2 D. 28, 6. L. 41 § 2 cit.: — „si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita". L. 2 pr. cit.: — „Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum . . adoptaverit . .". v. Löhr ACPra. IX S. 112 fg. (übereinstimmend Wächter Tüb. kr. ZS. II S. 176), Mühlenbruch S. 371 fg.

[4] L. 2 pr. D. 28, 6, § 4 i. f. I. 2, 16.

[5] L. 17 § 1 D. 1, 7.

[6] Insofern nämlich überhaupt dem Arrogator eines Geschlechtsunreifen die Verpflichtung obliegt, im Fall der impubes vor erreichter Geschlechtsreife stirbt, sein Vermögen denjenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden (II § 524 [5]). L. 19 pr. D. 1, 7, l. 40 D. 28, 6. Die Meinung, daß die Pupillarsubstitution direct aufrecht erhalten werde (Sintenis III § 175 [7], Puchta § 478 a. E., vgl. Schirmer S. 203—204), halte ich nicht für begründet.

[7] L. 7. 14 D. 28, 6, § 8 I. 2, 16.

[8] L. 21. 38 § 1 D. 28, 6.

[9] Vgl. zum Folgenden: v. Wening-Ingenheim ZS. f. CR. u. Pr. III S. 119 fg. (1830). Fuchs ACPra. XXXVIII S. 305 fg. (1855). Elvers APraktRW. IV Nr. 1 u. S. 150 (1857). H. Pernice Jahrb. d. gem. R. I S. 217 fg. (1857). W. Munzinger Causa Curiana vor dem römischen Centumviralgericht und die testamentarische Substitution (Inauguraldissertation, s. a.). Mühlenbruch XL S. 271 fg. Vangerow II § 453 Anm. 1.

[10] Es ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser trotz seiner ungenauen oder nicht gehörig genauen Ausdrucksweise nicht bloß eine gewöhnliche, sondern auch eine Pupillarsubstitution habe anordnen wollen. L. 4 pr. § 1 D. 28, 6. l. 4 C. 6, 26. Es ist dieß eine vom r. R. aufgestellte Rvermuthung, welche ihren Grund hat theils in der Gewöhnlichkeit der Verbindung beider Arten der Substitution (substitutio duplex, vgl. l. 1 § 1 D. 28, 6), theils in der Betrachtung, daß nicht abzusehen sei, warum der Erblasser den Substituten dem in

in der gewöhnlichen Substitution enthalten[10], wie umgekehrt diese in jener[11].

4. Die Pupillarsubstitution setzt nicht Einsetzung des Kindes voraus[12], und ergreift um so mehr, wenn das Kind eingesetzt worden

Ermangelung desselben Eintretenden nicht für jeden Fall habe vorziehen wollen, für welchen er ihn vorziehen konnte. Diese Rvermuthung kann aber, wie jede Rvermuthung, durch Gegenbeweis gebrochen werden (nicht dadurch, daß der Wille des Testators nur zweifelhaft gemacht wird, wie in Beziehung auf einen in der Praxis vorgekommenen Rfall Elvers a. a. O. auszuführen gesucht hat, s. auch v. Wening-Ingenheim S. 152, Munzinger S. 20 fg. — dawider Fuchs a. a. O., Pernice S. 219 fg.), und einen solchen Gegenbeweis finden die Quellen namentlich darin, daß mit der dem impubes gemachten Substitution eine andere verbunden worden ist, welche nur als Vulgarsubstitution bestehen kann. L. 4 § 2. l. 45 pr. D. 28, 6, l. 2 C. 6, 26, l. 6 C. 6, 21, l. 4 C. 6, 26. Die Meinung von Pernice a. a. O. S. 229 fg., daß in diesen Stellen positive Satzung, nicht Willensauslegung enthalten sei, ist unbegründet. Eher enthält positive Satzung, obgleich doch auch sie sich als Schlichtung eines Streites über Willensauslegung ankündigt, l. 3 C. 6, 25 (Einsetzung der Ehefrau für einen, des von ihr zu gebärenden Kindes für den andern Theil; Substitution eines Andern für den letzteren Theil falls kein Kind geboren werden sollte; es wird ein Kind geboren, aber dasselbe stirbt vor der Pubertät; die Mutter soll als Intestaterbin dem Substituten vorgehen). Gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die Entscheidung dieser Stelle zu verallgemeinern, s. Mühlenbruch S. 295 fg., Pernice S. 223 fg., Vangerow § 453 Anm. 1. Vgl. Sf. X. 270, XXXI. 49. — Ausnahme auch beim Soldatentestament (Mühlenbruch S. 297, Vangerow a. a. O.)? Durch l. 8 C. 6, 21 wird diese Ausnahme gewiß nicht, und durch l. 8 C. 6, 26 kaum bewiesen.

[11] So war bereits im Jahre 661 d. St. von den Centumvirn entschieden worden in einem zu außerordentlicher Berühmtheit gediehenen Rstreit zwischen M'. Curius und M. Coponius, von welchem Cicero an vielen Stellen spricht (z. B. de or. I, 39, pro Caecina 18, s. auch Quinctil. instit. or. VII, 6); vgl. Mühlenbruch XL S. 267 fg., Pernice S. 233 fg., Munzinger S. 1 fg. Später ist dieser Satz auch durch ein Rescript von Marcus und Verus anerkannt worden, l. 4 pr. D. 28, 6. Nichtsdestoweniger hat man ihn bestritten, so unter den Neuern v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 153 fg.; s. dagegen Mühlenbruch S. 269 fg., Vangerow II § 451 Anm. 1 und die das. Genannten. Wegen l. 28 D. 42, 5 bestreitet ihn auch Pernice S. 237 fg. für den Fall, wo der Pupill durch Geltendmachung des beneficium abstinendi wieder aufhört, Erbe zu sein, s. dagegen Vangerow a. a. O., Dernburg III § 89 a. E. bestreitet die heutige Anwendbarkeit des Satzes. — Auch für diese Präsumtion wird die in der vorigen Note bezeichnete Frage aufgeworfen, ob sie nur durch Gegenbeweis gebrochen werden könne, oder schon dadurch, daß Umstände nachgewiesen werden, welche den Erstreckungswillen zweifelhaft machen. S. die Citate das.

[12] Die Pupillarsubstitution besteht auch bei Enterbung des Kindes. L. 1 § 2. l. 10 § 5 D. 28, 6, § 4 I. 2, 16. Durch eine ungültige Enterbung (§ 587 2, § 590) wird so wenig wie durch Uebergehung des Kindes auch die Pupillarsubstitution ungültig gemacht, Nov. 115 c. 3 i. f. c. 4 i. f. Vgl. § 591 [15].

ist, auch das später von demselben erworbene Vermögen[13]. Nur derjenige Gewalthaber, welcher es durch Arrogation geworden ist, kann dem Kinde auf nicht Mehr substituiren, als das Kind von ihm erhalten hat[14].

5. Dagegen setzt die Pupillarsubstitution allerdings voraus, daß der Gewalthaber sich irgend Jemanden zum Erben ernenne[15]. Die Pupillarsubstitution ist überhaupt, wenn sie auch äußerlich in einer besonderen Schrift[16], ja in einem besonderen Testamente[17], errichtet werden kann, rechtlich nichts als ein Bestandtheil des väterlichen Testaments[18], tritt nicht eher in Wirksamkeit, als dieses, und steht und fällt mit demselben[19]. Nur die von einem Soldaten errichtete Pupillarsubstitution besteht nach römischem Recht selbständig für sich[19a]; heutzutage gilt diese Ausnahme nicht mehr[19b].

6. Ausschließung der Notherben ist Ungültigkeitsgrund für die Pupillarsubstitution nicht, weder Ausschließung der Notherben des Gewalthabers, noch Ausschließung der Notherben des Kindes[19c].

---

[13] L. 10 § 5 D. 28, 6. Trennung beider Vermögensmassen ist (nach r. R., vgl. § 537 [4c]) nur den Soldaten gestattet, l. 10 § 5 cit.

[14] L. 10 § 6 D. 28, 6, l. 22 § 1 D. 1, 7. Es heißt in der ersten Stelle: „ad substitutum . . non *debere pertinere* ea, quae haberet si adrogatus non esset“; in der zweiten: „Sed an impuberi adrogator substituere *possit*, quaeritur; et puto *non admitti* substitutionem . . .“ Hiernach verdient die Meinung, welche in diesem Falle directe Ungültigkeit der Substitution behauptet (Sintenis § 175 [7]), den Vorzug vor der andern Meinung, welche auch in diesem Falle (vgl. [6]) nur eine obligatorische Verpflichtung zur Herausgabe will eintreten lassen (Mühlenbruch XL S. 410 fg., Baron a. a. O. S. 517).

[15] L. 1 § 3. l. 2 § 1. 4 vgl. § 5. 6. D. 28, 6, § 5 I. 2, 16.

[16] Gai. II, 181, § 3 I. 2, 16 l. 8 D. 29, 3, l. 8 § 4 D. 37, 11.

[17] L. 16 § 1. l. 20 § 1 D. 28, 6. In diesem Fall muß aber das väterliche Testament vorhergehen, l. 2 § 4 D. 28, 6.

[18] § 2 I. 2, 16 (Gai. II, 180): — „in pupillari substitutione . . duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum“. L. 2 § 4. l. 20 pr. D. 28, 6, l. 2 § 2 D. 18, 4.

[19] L. 10 § 4 D. 28, 6: — „nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas“. — L. 2 § 1 D. 28, 6, l. 41 § 5 D. 29, 1. L. 16 § 1 D. 28, 6: — „si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur“. L. 2 pr. D. 28, 6: — „si principale ruptum sit testamentum (durch Eintritt eines Notherben), et pupillare evanuit“. Doch wird freilich dieser Satz nicht unbedingt durchgeführt. Vgl. § 591 [15] und l. 2 § 1 i. f. D. 28, 6, l. 12 D. eod., l. 42 pr. D. 29, 2.

[19a] L. 2 § 1 D. 28, 6, l. 41 § 5 D. 29, 1.

[19b] Reichs-Militärgesetz 2. Mai 1874 § 44. Vgl. § 537 [4a].

7. Der Pupillarsubstitut erwirbt die Kindeserbschaft als wenn sie väterliche Erbschaft wäre. Ist er daher dem Vater gegenüber nothwendiger Erbe, so ist er es auch dem Kinde gegenüber[20]; [21] ist er vom Vater zugleich zum Erben eingesetzt, so tritt er in der väterlichen Erbschaft auch die Kindeserbschaft an[22], und umgekehrt. Ebenso schlägt er in der väterlichen Erbschaft auch die Kindeserbschaft aus, und umgekehrt[23]; doch gibt es von diesem Satze Aus-

[19a] L. 8 § 5 D. 5, 2. „Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit . . nec patris frater, quia filii testamentum est . . ." C. 1 in VI° 3, 11. Ueber die Frage, ob dieß nicht für die Notherben (Ascendenten) des impubes durch Nov. 115 geändert worden sei, s. einerseits Zimmern in seinen und Neustetel's r.-rlichen Untersuchungen S. 85—86, Francke R. der Notherben S. 456 fg., andererseits Thibaut ACPra. V S. 346 fg., Fuhr in seinen und Hoffmann's civilist. Versuchen S. 89 fg., Mühlenbruch XL S. 391 fg., Vangerow § 453 Anm. 3, Holzschuher II § 164 Nr. 7, Schröder Notherbenr. S. 566 fg., Sf. VI. 222, XXVI. 141. Ueber die Meinung, daß auch nach Pandektenr. der Gewalthaber wenigstens die gemeinschaftlichen Notherben berücksichtigen müsse (Zimmern a. a. O. S. 83 fg.), s. Vangerow a. a. O. und die daselbst Genannten.

[20] L. 2 § 4 D. 28, 6: — „constat . . unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat . . ." L. 10 § 1 eod. L. 42 pr. i. f. D. 29, 2: — „si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet".

[21] Vgl. zum Folgenden bis zum Ende dieser Nummer: Warnkönig in seiner und Roßhirt's Zeitschr. II S. 1 fg. (1834). Mühlenbruch XL S. 419 fg. (1838). v. Löhr ACPra. XXII S. 315 fg. (1839). Warnkönig ZS. f. CR. u. Pr. XVIII S. 387 fg. (1843). Vangerow ACPra. XXXVII S. 328 fg. (1854). Arndts RLex. X S. 669—670 (1856). Baron a. a. O. S. 503 fg. (1864). Vangerow (Lehrb.) II § 454 Anm. Schlayer ACPra. LIII S. 48 fg. (1871). Wendt das. LV S. 261 fg. (1872). Pietak a. a. O. LIX S. 1 fg. (1876). Amann die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile ꝛc. S. 305 fg. (1876).

[22] L. 59 D. 29, 2. „Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit . . ." L. 20 C. 6, 30. Sf. XXXII. 153. Gegen die Meinung, daß durch den Antritt der väterlichen Erbschaft dem Antretenden die Kindeserbschaft gegen seinen Willen nur dann erworben werde, wenn das Kind auch Erbe des Vaters geworden sei (von Neueren Warnkönig Roßhirt's ZS. S. 4 fg. ZS. f. CR. u. Pr. S. 295, Brinz 2. Aufl. III S. 92), s. Mühlenbruch S. 436, v. Löhr S. 339 fg., Baron S. 512. 513, Vangerow Lehrb. I. 1.

[23] L. 10 § 3 D. 28, 6. „Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum." Nach einer andern Ansicht soll

nahmen[24]. Um so weniger ist es dem Pupillarsubstituten gestattet, die in der Kindeserbschaft enthaltene väterliche Erbschaft von dieser zu trennen[25].

---

in dieser Stelle dem Substituten nur verboten werden, die väterliche und die Kindeserbschaft zu trennen, nicht aber, nach Ausschlagung der väterlichen Erbschaft aus der Pupillarsubstitution beide zusammen zu erwerben. Diese Ansicht wird vertreten von Baron S. 507 fg., Schlayer, Pietak a. a. OO., gegen dieselbe Vangerow Nr. I. 2a und Wendt a. a. O., neuestens Amann a. a. O., Brinz 2. Aufl. III S. 154. Es wird, wie ich glaube, zugegeben werden müssen, daß die Frage nicht unzweifelhaft ist. Nach der einen und nach der anderen Auffassung muß in die genannte Stelle etwas hineingetragen werden, was sie nicht sagt. Nach der hier festgehaltenen Ansicht muß (wegen des „idemque est") hineingetragen werden: da ich die einmal geschehene Ausschlagung nicht rückgängig machen kann; nach der entgegengesetzten Ansicht muß hineingetragen werden: wenn ich dabei beharre, die Erbschaft des Vaters nicht zu haben. Wie ich glaube, ist die letzte Hineintragung bei Weitem gewaltsamer als die erste (wenn — da). Dieser Schwierigkeit gegenüber scheint mir auch Alles, was sonst für die neue Ansicht geltend gemacht werden kann, keine überwiegende Bedeutung zu haben. Anders wäre es, wenn der Beweis geführt werden könnte, daß, wie Schlayer und Pietak annehmen, auch die Antretung aus der Vulgarsubstitution durch die Ausschlagung aus der Institution nicht unmöglich gemacht werde, aber dieser Beweis läßt sich eben nicht führen (§ 602 [6]).

[24] a) Jedenfalls für den Fall, wo das Kind nicht Erbe des Vaters geworden ist, l. 10 § 4 D. 28, 6 (*vv.* cum non haberet substitutum), l. 41 D. 29, 2, l. 28 [27] § 5 D. 36, 1 (auch l. 28 [27] § 2 eod. ist auf den Fall zu beziehen, wo das Kind enterbt ist, und in l. 11 § 1 D. eod. ist, wenn die Stelle nicht alles inneren Zusammenhangs entbehren soll, statt *cum* filio zu lesen *exheredato* filio, vgl. Vangerow Arch. S. 338 fg.); b) wenn der Substitut nothwendiger Erbe ist, auch für den Fall, daß das Kind Erbe des Vaters geworden ist, so jedoch, daß in diesem Falle von der Kindeserbschaft getrennt wird, was in ihr von der väterlichen Erbschaft enthalten ist, l. 12 D. 28, 6, l. 40 D. 29, 2. Doch ist dieser Punkt streitig. S. Vangerow Nr. I. 2b und die das. Genannten, namentlich auch Baron S. 520 fg., ferner Mühlenbruch XL S. 443 fg., Sintenis II § 175 [28], Schlayer S. 47 fg., Wendt S. 278 fg., Amann S. 324 fg.

[25] L. 10 § 2 D. 28, 6. „Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest; sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse". L. 28 D. 42, 5 (*vv.* At cum institutus *cett.*). Hat aber das Kind sich der väterlichen Erbschaft entschlagen, so wird sie auch dem Substituten nicht aufgedrängt, wenngleich er die Erbschaft des Kindes nimmt. L. 42 D. 29, 2. Doch war in der römischen Jurisprudenz auch eine strengere Meinung vertreten, nach welcher der Substitut auch in diesem Falle die beiden Erbschaften nicht trennen konnte, l. 42 cit., l. 28 cit. (Uebrigens hat es nicht an Versuchen gefehlt, die zuletzt genannte Stelle so zu erklären, daß der Widerspruch gegen die recipirte Meinung verschwindet; s. namentlich Mühlenbruch

8. [26]Die Vermächtnisse, welche der Vater dem Pupillarsubstituten auferlegt, gelten als Vermächtnisse, welche der Vater auf seine eigene Erbschaft legt[26a]; aber als väterliche Erbschaft gilt hier nicht das vom Kinde, sondern das vom Vater hinterlassene Vermögen[27]. Daher braucht der Pupillarsubstitut die ihm auferlegten Vermächtnisse nie von dem Vermögen zu entrichten, welches das Kind nach dem Tode des Vaters erworben hat[28]. Dagegen muß er sie von dem vom Vater hinterlassenen Vermögen, soweit das Kind auf dasselbe eingesetzt ist[29], entrichten, unabhängig von etwaigen Verminderungen, welche dieses Vermögen später in der Hand des Kindes erlitten hat[30]; und er muß sie entrichten nicht bloß von Demjenigen, was er von dem väterlichen Vermögen indirect durch die Einsetzung des Kindes, sondern auch von Demjenigen, was er von demselben durch directe Zuwendung des Vaters erhalten hat[31]. Sind auch dem Kinde Ver-

---

S. 410 fg. — andererseits v. Löhr S. 328 fg., Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 89 fg., Baron S. 488 fg. 513, Vangerow Nr. II.)

[26] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch XL S. 395 fg., Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VI S. 370 fg. VII S. 54 fg., Herrmann das. VIII S. 394 fg., Vangerow ACPra. XXXVI S. 221 fg. und Lehrb. II § 521 Anm. 2, Baron a. a. O. S. 461. 462, Pietak a. a. O. LVIII S. 413 fg. Das Eingreifen des Falcidischen Gesetzes bleibt an diesem Orte unberücksichtigt.

[26a] Daher tritt auch der Anfall derselben mit dem Tode des Vaters, und vor dem Tode des Pupillen ein. L. 1. l. 7 § 4. 5 D. 36, 2.

[27] L. 79 D. 35, 2: „In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset". L. 11 § 5 D. eod.

[28] L. 79 D. 35, 2 ([27]), l. 11 § 5 eod., l. 87 § 7 i. f. eod. (— „est igitur rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat"), l. 126 pr. D. 30. Ist das Kind enterbt, so sind die dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse ganz hinfällig. Vgl. l. 24 C. 6, 37 und dazu Arndts Forts. von Glück XLVII S. 198 fg.

[29] Soweit das Kind auf dasselbe eingesetzt ist: nicht soweit das Kind aus dem Vermögen des Vaters etwas durch Vermächtniß des Vaters oder durch Beerbung eines Andern, welchen der Vater eingesetzt hat, erhalten hat. L. 41 § 3 D. 29, 1, l. 87 § 7 D. 35, 2, l. 24 C. 6, 37; l. 87 § 7 cit.; l. 103 pr. D. 32 (wo statt „si pater exheredato filio *substituit* heredem extraneum" offenbar zu lesen ist „*instituit*").

[30] L. 79 D. 35, 2 ([27]), l. 11 § 5. l. 87 § 7 eod.

[31] L. 11 § 3 D. 35, 2, l. 41 § 6 D. 28, 6.

mächtnisse auferlegt, so werden diese mit den dem Pupillarsubstituten auferlegten zusammengerechnet[32].

9. Relative Erbunfähigkeit (Erwerbunfähigkeit) des Pupillarsubstituten dem Vater oder dem Kinde gegenüber kommt in Betracht nur für das von Diesem oder Jenem herrührende Vermögen[33].

[Das BGB. kennt keine Pupillarsubstitution.]

c. Die Quasipupillarsubstitution*.

§ 560.

Nach Analogie der Pupillarsubstitution können Ascendenten ihren geisteskranken Descendenten einen Erben für den Fall ernennen, daß dieselben im Wahnsinne versterben sollten[1]. Sie müssen aber den Erben aus den geistesgesunden Descendenten des Geisteskranken, in Ermangelung solcher aus ihren eigenen geistesgesunden Descendenten, nehmen, und erst wenn auch solche letztere nicht vorhanden sind, sind sie in der Wahl des Erben unbeschränkt[2]. Auch müssen sie dem Descendenten, welchem sie einen Erben ernennen, aus ihrem Vermögen den Pflichttheil hinterlassen[2]. Gewalt des Testators über den Geisteskranken ist nicht erforderlich[3]. Die Erbeseinsetzung für den Geisteskranken ergreift, wie die Pupillarsubstitution, nicht bloß das ihm von dem Ascendenten hinterlassene, sondern auch das von ihm anderweitig erworbene Vermögen[4], setzt aber andererseits auch,

---

[32] L. 79 D. 35, 2 ([27]), l. 11 § 5 eod., l. 1 § 12. l. 31 eod.

[33] L. 6. 11 D. 28, 6.

[*) Cohn die Quasi-Pupillarsubstitution. Berlin 1892, dazu Oertmann Grünh. ZS. XXI S. 604 fg.]

§ 560. [1] S. g. substitutio quasi-pupillaris oder exemplaris („ad exemplum pupillaris substitutionis", s. die sogleich citirten Stellen) oder Iustinianea. Dieselbe beruht auf einer Constitution Justinian's vom Jahre 528, der l. 9 C. 6, 26, über welche die Institutionen berichten in § 1 I. 2, 16. — Literatur: Unterholzner ACPra. II S. 52 fg. (1819). v. Löhr das. V S. 105 fg. (1822). Thibaut das. V S. 337 fg. (1822). v. Löhr das. IX Nr. I. II S. 99 fg. (Darüber Wächter Tüb. kr. ZS. II S. 174—176.) (1826). Thibaut das. X S. 217 fg. (1827). Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XL S. 475—490. XLI S. 1—44 (1838. 1840). Arndts RLex. III S. 672—674 (1856). Vangerow II § 456 Anm. Sintenis III § 176. Holzschuher II § 165. Außerdem gibt es über diesen Gegenstand zwei neuere Inauguralabhandlungen, von Düffer, Halle 1848, und von Hüffer, Breslau 1853.

[2] L. 9 C. cit.

[3] L. 9 C. cit. *vv.* „parenti qui vel quae testator", — „testatori vel testatrici".

[4] Dieß ist die herrschende Meinung. Dieselbe ist aber angefochten worden von Unterholzner, v. Löhr, und namentlich von Vangerow a. a. OO.;

wie jene, voraus, daß der Testator sich selbst ein Testament errichte[5]. Jedoch ist nicht nur über die beiden zuletzt genannten[6], sondern auch noch über manche andere Punkte in dieser Lehre Streit[7]. —

---

ferner von Puchta Erlanger Jahrb. V S. 284 fg. Gewohnheitsr. II S. 68 fg. Lehrb. § 479 und Vorl. dazu, Fritz in seiner Ausgabe von Wening-Ingenheim's Lehrbuch § 475 [b], Fuhr in seinen und Hoffmann's civil. Versuchen S. 84 fg., Bering S. 358 fg., Keller § 490. Dawider und für die herrschende Meinung die übrigen Genannten, ferner Francke Notherbenr. S. 463 fg., Mayer I § 41, Brinz 2. Aufl. III S. 94 [10]. [Sf. XLVII. 278.] Die Dissentienten stimmen darin überein, daß Justinian dem Ascendenten das Substitutionsr. nur für das von ihm dem Geisteskranken hinterlassene Vermögen habe geben wollen, sind aber darin unter sich uneins, ob unter der Substitution, zu welcher ihm die Befugniß eingeräumt worden sei, eine directe Substitution (Erbeseinsetzung) oder nur eine fideicommissarische Substitution verstanden werden dürfe. Ich halte weder die eine noch die andere dieser Meinungen für gerechtfertigt; die Verweisung Justinian's auf die Analogie der Pupillarsubstitution scheint mir trotz alles Dessen, was gegen dieses Argument vorgebracht worden ist, jeden Zweifel auszuschließen. Uebrigens wollen die Dissentienten nicht alle aus der von ihnen vertretenen Interpretation auch praktische Folgen ziehen, sondern geben theilweise entweder ein entgegenstehendes festes Gewohnheitsr. zu (Puchta), oder doch eine so entschiedene communis opinio, „(daß) es . . kaum gebilligt werden (dürfte), wenn ein einzelner Richter seine individuelle Meinung (derselben) entgegenstellen wollte" (Vangerow).

[5] Auch dieß ist bestritten, so von Löhr ACPra. V S. 112, Wening-Ingenheim § 465 [c], Dernburg III § 90 zu [7]. Aber es folgt nicht bloß aus der Analogie der Pupillarsubstitution, sondern auch aus der speciellen Vorschrift der l. 9 cit., daß dem Kinde der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, damit nicht aus diesem Grunde (das väterliche Testament und damit) die Substitution angefochten werden könne, „ut occasione huiusmodi substitutionis querela nulla contra testamentum eorum oriatur". Freilich ist dieß nicht die gewöhnliche Auslegung dieser Worte (andere Auslegungen: es soll in der Anordnung der Substitution keine Belastung des Pflichttheils gefunden werden dürfen; es soll bei der Substitution auf Pflichttheilsberechtigte keine Rücksicht genommen zu werden brauchen).

[6] S. die beiden vorhergehenden Noten.

[7] So namentlich über die Frage, wie es zu halten sei, wenn mehrere Ascendenten von ihrem Substitutionsr. Gebrauch machen. Ueber diese Frage gibt es einen besonderen Aufsatz von Haimberger im ACPra. XII S. 354 fg., und s. die Uebersicht über die verschiedenen Ansichten bei Vangerow II § 456 Nr. 4. Mir scheint es am Meisten im Sinn des r. R. zu sein, daß dem Vater der Vorzug vor der Mutter (wie bei der Erziehung, II § 514), und demnach den väterlichen Großeltern vor den mütterlichen, wieder mit Vorzug des Mannes vor der Frau, gegeben werde, mit der Maßgabe jedoch, daß die Substitution eines andern Ascendenten für das von ihm dem Kinde hinterlassene Vermögen als fideicommissarische aufrecht erhalten wird (§ 561 [8]). Andere fügen diese letztere Modification nicht hinzu; oder lassen die mehreren Substitutionen neben einander bestehen, so daß die Substituten Miterben werden sollen, wobei wieder entweder jedem Ascendenten das von ihm herrührende Vermögen vorbehalten wird oder nicht; oder lehren, daß die Substitution des längstlebenden Ascendenten vorgehe.

Mit landesherrlichem Privilegium kann ein Vater auch für sein aus anderen Gründen testirunfähiges Kind einen Erben ernennen. Diese Erbeseinsetzung verliert aber ihre Kraft nicht bloß durch Aufhören des Zustandes der Unfähigkeit, sondern auch dadurch, daß dem Kinde ein Notherbe geboren wird[8].

[Das BGB. kennt keine Quasipupillarsubstitution.]

d. Zusätzliches.

§ 561.

Wenn man auch von einer fideicommissarischen Substitution spricht[1], so ist dieselbe keine Erbeseinsetzung, sondern Anordnung eines Vermächtnisses, durch welches einem Eingesetzten die Verpflichtung auferlegt wird, die ihm zugewendete Erbschaft für einen gewissen Fall oder nach einer gewissen Zeit einem Dritten herauszugeben[2]. Es muß aber als ein Vermächtniß dieser Art nach dem Willen des Erblassers auch die directe Substitution aufrecht erhalten werden, welche als Pupillar- oder Quasipupillarsubstitution nicht zu Recht bestehen kann[3]. Für die in einem Soldatentestamente gemachte

---

— Ist in einer Vulgarsubstitution auch eine Quasipupillarsubstitution enthalten? Dagegen Sf. XXXI. 343. [Dagegen auch RG. XXXVII S. 192 fg.; gegen die Vermuthung, daß in der Quasipupillarsubstitution eine Vulgarsubstitution liege (wiewohl sie darin liegen könne): RG. XLIV S. 161 fg.]

[8] L. 43 pr. D. 28, 6. Diese Stelle nennt nur den Fall der Stummheit (§ 539); die Ausdehnung auf den Fall der Interdiction wegen Verschwendung (§ 539) ist nicht zu gewagt. Vgl. Mühlenbruch XL S. 477 fg., Sintenis § 176 z. A.

§ 561. [1] Diese Bezeichnung ist bereits den Quellen nicht fremd. L. 41 § 3 D. 28, 6, l. 15 eod. (*vv.* directo substituit), § ult. I. 2, 16 (*vv.* ita substituere nemo potest . . sed . .").

[2] § ult. I. 2, 16. „Extraneo vere vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem eius vel totam vel pro parte restituere . .".

[3] Dieß entspricht nicht der herrschenden Meinung (vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 382, Puchta § 476 [e]). Aber es ist die nothwendige Consequenz aus dem, was oben (§ 554 [19], § 555 [1]) über die Behandlung der auflösenden Bedingung und Befristung gesagt worden ist. Hier kommt hinzu, daß nach l. 78 [76] D. 36, 1 eine Substitution sogar bei Mangel der Form als Fideicommiß aufrecht erhalten werden soll; die Behauptung Fein's Forts. von Glück XLV S. 212 fg., die Entscheidung dieser Stelle habe ihren Grund in der Annahme, daß der Erblasser ein Fideicommiß habe errichten wollen (darauf kommt Fein's Erklärung hinaus), scheint mir ohne Halt (über andere Erklärungen s. das. Anm. [39], auch Holzschuher II § 163 Nr. 12). Ein Gegen-

Substitution bedurfte es nach römischem Recht einer solchen Conversion nicht, sie wirkte als Erbeseinsetzung[4]; heutzutage gilt das nicht mehr[5].

[Statt der fideicommissarischen Substitution dient im BGB. die Nacherbeseinsetzung s. unt. zu § 661 fg. Wenn Jemand einen Andern zum Erben einsetzt und diesem einen Erben bestimmt, so kann das auch nach BGB. möglicher Weise als Nacherbeseinsetzung aufrecht zu erhalten sein.]

3. Die Enterbung.

§ 562.

Die Enterbung[1], die ausdrückliche Erklärung, daß Jemand nicht Erbe sein solle, ist regelmäßig nicht nothwendig, um den Enterbten von der Erbschaft auszuschließen; wer nicht zum Erben eingesetzt wird, ist von der Erbschaft ausgeschlossen eben dadurch, daß er nicht eingesetzt ist[2]. Nothwendig ist die Enterbung nur bei gewissen Notherben; dieselben sind nicht gültig ausgeschlossen, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind[3].

[Im BGB. bleibt der Satz zu [2], welcher nur geschrieben ist für den Fall daß ein Testament errichtet ist, in welchem Andere zu Erben eingesetzt sind, zutreffend. Personen, welche ausdrücklich enterbt werden müssen, wenn sie ausgeschlossen sein sollen, gibt es nicht. Zu beachten ist, daß nach BGB. eine Enterbung den alleinigen Inhalt eines Testamentes bilden kann (1938). Nicht ohne Einsetzung eines Andern enterbt werden kann der Fiscus (s. 1938); denn dann

---

grund könnte nur aus l. 8 C. 6, 26 hergenommen werden, wo die über das Alter der Geschlechtsunreife hinausgreifende Substitution, wie es scheint, nur auf Grund des Soldatenprivilegiums als Fideicommiß aufrecht erhalten wird, aber s. Note [4]. Und s. auch c. 1 in VI° 3, 11: — „quamquam directa (sc. substitutio) interdum ad fideicommissum ex causa trahatur" (welche Worte im Gegensatz zu einer gültigen Pupillarsubstitution gesagt sind). Nach der hier vertretenen Ansicht ist entschieden bei Sf. III. 345.

[4] L. 45 D. 28, 6, l. 41 § 4 D. 29, 1, l. 6 C. 6, 21, l. 41 pr. D. 29, 1. Es ist nicht zu leugnen, daß l. 8 C. 6, 26 eine über das Alter der Geschlechtsreife hinausgreifende Substitution zur Wirksamkeit nicht direct, sondern auf dem Wege des Fideicommisses bringt; aber angesichts der zuvor genannten Quellenzeugnisse kann in dieser Stelle im Zusammenhang der Compilation nicht der Sinn gefunden werden, daß directe Wirkung ausgeschlossen sein solle. A. M. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 109 fg. (vgl. § 554 [20]). — Huschke die multa und das sacramentum S. 336 fg. nimmt directe Wirkung auch für die substitutio poenae nomine facta nach l. un. C. 6, 41 an.

[5] Reichs-Militärgesetz 2/5 1874 § 44 (vgl. § 537 [4a]).

[1] Exheredatio. § 562.

[2] L. 132 pr. i. f. D. 45, 1 — „exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas".

[3] Hierauf speciell beziehen sich die von der Enterbung handelnden Titel der Institutionen (2, 13), der Pandekten (28, 2), und des Codex (6, 28. 29). S. im Uebrigen das Notherbenr.

bliebe überhaupt kein möglicher Erbe übrig. Zieht das Landesrecht dem Fiscus nach EG. 138 andere juristische Personen des öffentlichen Rechts vor, so werden diese dann ohne Einsetzung eines Andern enterbt werden können, wenn der Fiscus als gesetzlicher Erbe hinter ihnen berufen ist. Sind sie aber die letzten möglichen Erben, so können sie nicht enterbt werden, es wäre denn unter Einsetzung eines Andern.]

Ist in einem Testamente eine und dieselbe Person zugleich zum Erben eingesetzt und enterbt, so ist der wirkliche Wille des Erblassers durch Auslegung zu bestimmen, und danach wird regelmäßig der späteren Verfügung vor der früheren der Vorzug zu geben sein[4]. Auch darin liegt eine die Erbeseinsetzung aufhebende Enterbung, daß statt des Eingesetzten ein Anderer, schlechthin oder für einen gewissen Fall[5], zum Erben eingesetzt wird.

[Bei den Sätzen zu [4] u. [5] handelt es sich um Auslegungsfragen, welche das BGB. nicht beantwortet. Der Satz zu [4] wird richtig bleiben. Auch das ist anzuerkennen, daß der Erblasser in demselben Testament eine Erbeseinsetzung zurücknehmen kann, indem er den Eingesetzten durch einen Andern ersetzt. Geschieht dies aber nur „für einen gewissen Fall“, so entstehen weitere Auslegungsfragen. Möglicher Weise ist der Ersteingesetzte Vorerbe, und der Zweite Nacherbe, eintretend mit Eintritt des gewissen Falles. Möglicher Weise erhält auch die erste Einsetzung den Charakter der bedingten, nämlich so, daß beide unter entgegengesetzten Bedingungen stehen. Dann sind die gesetzlichen Erben die Vorerben und je nach Ausfall der Entscheidung über die Bedingungen tritt der erste oder der zweite Eingesetzte als Nacherbe ein (2105).]

[4] Für das r. R. ist dieß nicht unzweifelhaft. Unzweifelhaft ist nur, daß wenn ein cum cretione Eingesetzter für den Fall des Nichtcernirens enterbt war, er durch Versäumung der cretio das R. zum Erwerbe der Erbschaft verlor (Gai. II, 165. 166, Ulp. XXII, 27. 30), und aus l. 45 [44] D. 28, 5 geht hervor, daß überhaupt in der Enterbung für den Fall der Nichterfüllung einer auf Erbeseinsetzung gelegten Auflage eine wirksame Zurücknahme der Erbeseinsetzung gefunden wurde. Vgl. auch l. 72 D. 29, 2 (§ 598 [8]). Dagegen ist es bestritten, ob auch gegenüber der einfachen Erbeseinsetzung einer späteren Enterbung Kraft beigelegt worden sei. Vgl. einerseits Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVI S. 393 fg., welcher dagegen, andererseits Arndts RLex. III S. 885—887 und Kohler Grünh. ZS. VII S. 271 fg., welche dafür sind. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind: l. 17 § 2 D. 29, 1, l. 13 § 1 D. 28, 2, l. 1 § 4 D. 28, 4, l. 68 [67] D. 28, 5 (vgl. mit l. 27 § 1 D. eod.), l. 21 D. 28, 2. Jedenfalls, wenn auch das r. R. in einem solchen Fall für die Erbeseinsetzung entschieden hat, beruht dieß nur auf dem großen Schwergewicht, welches für die römische Auffassung die Ernennung zum heres hatte, und daher darf diese Entscheidung für das heutige R. in gleicher Weise bei Seite gestellt werden, wie die Entscheidung, daß die bedingte Erbeseinsetzung des früher unbedingt Eingesetzten die unbedingte Einsetzung nicht aufhebe (§ 554 [15]). Vgl. noch Sf. XI. 65. RG. XV S. 165.

[5] So jedenfalls nach heutigem R., nach dem am Schluß der vorigen Note Gesagten. Was das r. R. angeht, s. Gai. II, 177, Ulp. XXII, 34.

E. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testamentes*.

1. Ueberhaupt.

§ 563.

Als Gründe der Ungültigkeit eines Testamentes[1] ergeben sich aus dem im Vorstehenden Gesagten: 1) Mangel der Fähigkeit des Testators (§ 539); 2) Mangel der Form der Errichtung (§ 540—545)[2]; 3) Mangel einer gültigen Erbeseinsetzung (§ 538 Note 5, § 546—549). Als fernerer Ungültigkeitsgrund ist hier hinzuzufügen: 4) Uebergehung eines Notherben, wovon näher in einem besonderen Abschnitte gehandelt werden wird (§ 575 fg.)[3].

[Die Ungültigkeitsgründe unter 1. 2 kennt auch das BGB. Der Mangel einer gültigen Erbeseinsetzung dagegen beeinflußt die übrigen Verfügungen des

---

* Inst. 2, 17 quibus modis testamenta infirmantur. Dig. 28, 3 de iniusto rupto irrito facto testamento — Mayer § 30—33. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 118—487, XXXIX S. 1—115. Heimbach im RLex. X S. 922 fg. Sintenis III § 179. 180. Vangerow II § 457—460. Unger § 22—25.

[1] Die Quellen gebrauchen zur Bezeichnung der Ungültigkeit des Testaments die Ausdrücke: testamentum nullum, nullius momenti, irritum, iniustum, non iure factum. Doch haben diese Ausdrücke theilweise die Neigung sich auf besondere Ungültigkeitsgründe zu beschränken. So namentlich der Ausdruck testamentum irritum, s. Note [4. 5], und vgl. § 5 I. 2, 17 (Gai. II, 146). S. auch Note [2]. § 563.

[2] Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 126—134. Ein wegen Mangels der Form ungültiges Testament wird speciell testamentum non iure factum genannt in l. 1 D. 28, 3. „Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt . .“. S. andererseits l. 6 pr. D. 48, 10: — „non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur“, ferner pr. § 5 I. 2, 17, u. a. Stellen m. — Ein Testament, dessen Form nicht zum Abschluß gekommen ist, heißt speciell testamentum imperfectum. L. 6 pr. D. 48, 10, l. 3 D. 29, 1, § 8 [7] I. 2, 17. — Nichtbeobachtung von Formen, welche nicht gesetzlich vorgeschrieben sind, sondern welche der Erblasser sich selbst auferlegt hat, ist gleichgültig. Sf. XXII. 55.

[3] Fällt der Notherbe vor dem Tode des Erblassers weg, so hört damit auch die Ungültigkeit des Testaments wieder auf, wenn derselbe nur ein Anfechtungsr. hatte, also im neuesten R. immer (obgleich dieß freilich sehr bestritten ist, vgl. § 591). Aber auch für die Richtigkeit des älteren R. behauptete eine Partei der römischen Juristen, daß sie nur dann eintrete, wenn der Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden sei; Justinian hat die entgegengesetzte Meinung bestätigt. Gai. II, 123, pr. I. 2, 13, l. 8 D. 28, 2. Ueber die bestrittene Frage, ob nicht für den Fall des Wegfalls des Notherben der Prätor durch bonorum possessio secundum tabulas geholfen habe, s. Vangerow II § 473 Anm. Nr. 2 und die daselbst Citirten, Schröder Notherbenr. S. 102 fg.

Testamentes in ihrer Gültigkeit nur dann, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie nicht ohne die Erbeseinsetzung getroffen haben würde (2085). Uebergehung eines Notherben ist ein Grund der Ungültigkeit (der Anfechtbarkeit) nur nach Maßgabe des § 2079.]

Es kann auch ein von Anfang gültiges Testament hinterher seine Gültigkeit verlieren. Dieß geschieht:

1) dadurch, daß der Testator die zur Erbeseinsetzung nöthige Rechtsfähigkeit verliert[4]. Erlangt er aber vor seinem Tode die Rechtsfähigkeit wieder, so lebt auch sein Testament wieder auf[5]; nur muß er, wenn der Verlust der Rechtsfähigkeit mit seinem Willen eingetreten ist[6], nach wiedererlangter Rechtsfähigkeit seinen Willen, daß das früher errichtete Testament zu Recht bestehen soll, irgendwie an den Tag gelegt haben[7]. — Das Testament verliert ferner seine Gültigkeit

[4] L. 6 § 5—13 D. 28, 3, § 4 I. 2, 17, l. 4 § 5 C. 1, 5, c. 2 § 1 in VI° 3, 5. Vgl. übrigens Mühlenbruch XXXIX S. 14 fg., Unger § 23 [8]. Ein in dieser Weise ungültig gewordenes Testament heißt speciell testamentum irritum. Vgl. § 5 I. 2, 17 (Gai II, 146). — Verlust der Willensfähigkeit und der Fähigkeit zum Ausdruck des Willens macht das früher errichtete Testament nicht ungültig (l. 6 § 1. l. 20 § 4 D. 28, 1, l. 1 § 9 D. 37, 11), und ebensowenig wird das Testament durch Interdiction wegen Verschwendung ungültig gemacht (l. 1 § 9 cit., l. 18 pr. D. 28, 1, § 2 I. 2, 12), so daß also hier nur die natürliche Seite der Interdiction, nicht die juristische (Verlust des commercium, § 539 [5]), in Betracht kommt. — Uebrigens ist die praktische Bedeutung des im Text gelehrten Satzes eine verschwindend kleine; denn seine einzige sichere und unbestrittene Anwendung findet er im heutigen Recht nur noch im Fall der Arrogation des Erblassers. S. § 539.

[5] Dieß ist aber erst durch den Prätor eingeführt worden, welcher trotz der civilrlichen Nichtigkeit des Testaments bonorum possessio secundum tabulas ertheilte. § 7 [6] I. 2, 17 (Gai. II, 147), l. 1 § 8. l. 11 § 2 D. 37, 11, l. 8 § 3 D. 29, 7, l. 12 pr. D. 28, 3.

[6] Was eben bei der Arrogation ([4] a. E.) der Fall ist.

[7] L. 11 § 2 D. 37, 11. — Das im Texte unter dieser Ziffer Gesagte ist jedoch in mehr als einer Beziehung streitig. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 26 fg. (1837), Fabricius Ursprung und Entwickelung der Bonorum possessio S. 136 fg. (1837), v. Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzg. IV S. 452 fg. (1844), Leist die Bonorum Possessio II. 1 S. 270 fg. II. 2 S. 303 fg. (1848), Fein Forts. von Glück XLIV S. 62 fg. XLV S. 302 fg. Anm. 31 (1851), Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 222 fg. (1871), Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 174 fg. 246 fg. (1879), Mayer § 50 [2. 3], Puchta § 462 [f] und Vorl. dazu, Sintenis III § 179 [6], Vangerow II § 458 Anm. 1, Dernburg III § 93 [6]. 1) Jedenfalls ursprünglich war die dem eingesetzten Erben ertheilte bonorum possessio den mit einem civilen Intestaterbr. versehenen Erben gegenüber sine re. Gai. II, 147—149, l. 12 pr. i. f. D. 28, 3. 2) Die Behauptung, daß dieß sich durch das von Gajus II, 120 erwähnte Rescript Marc Aurel's geändert habe (v. Löhr,

2) dadurch, daß keine in dem Testamente enthaltene Erbeseinsetzung zur Wirksamkeit gelangt[8];

Mühlenbruch), ist ungegründet; dieses Rescript gewährte dem eingesetzten Erben eine doli exceptio gegen die civilen Intestaterben nur im Fall der Ungültigkeit des Testaments wegen Formmangels. 3) Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob auch die Compilatoren den Vorzug der Intestaterben noch haben aufrecht erhalten wollen. Dawider spricht § 7 [6] I. 2, 17, in welcher Stelle sie den § 147 aus dem zweiten Buche des Gajus wiedergegeben haben, ohne von § 148 und § 149 irgendwie Notiz zu nehmen; dawider sprechen ferner l. 1 § 8 D. 37, 11, l. 11 § 2 eod., l. 8 § 3 D. 29, 7, in welchen sämmtlichen Stellen der Satz von der Convalescenz des testamentum irritum als ein unbeschränkter vorgetragen wird (über l. 11 § 2 cit. s. Ziff. 4); dafür spricht nur l. 12 pr. i. f. D. 28, 3. *vv.* „Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, *si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*". Aber den zuvor genannten Stellen gegenüber erscheint es schwer, in diesen Worten die eigentliche Willensmeinung der Compilatoren zu erblicken, und ich halte die Annahme nicht für zu gewagt, daß diese Worte nur aus Versehen nicht gestrichen worden sind. A. M. freilich Fabricius, Fein, Mayer, Vangerow, auch Leist in der Schrift über die B. P., anders in der Forts. von Glück. Gegen die Erklärung, welche Mühlenbruch S. 29 fg. von den fraglichen Worten gibt, s. Fein a. a. O. S. 63 [70]; Puchta will durch Emendation helfen. 4) Das im Text in Betreff der Arrogation Gesagte ergibt sich aus l. 11 § 2 D. 37, 11. Es scheint mir vollkommen sicher, daß, wie auch Fabricius, Mayer und Leist in der Forts. von Glück (anders in der Schrift über die B. P.) annehmen, in dieser Stelle der späteren Bestätigung des Testaments lediglich die Bedeutung beigelegt wird, das Argument zu beseitigen, welches gegen die Gültigkeit des Testaments daher entnommen werden könnte, daß der Erblasser dasselbe, indem er sich arrogiren ließ, zurückgenommen habe („voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse videtur"). Daß im gegebenen Falle keine civilen Intestaterben im Wege stehen, setzt der Verfasser der Stelle voraus. Dagegen sind Leist in der Schrift über die B. P., Fein und Vangerow der Ansicht, daß es gerade die Beseitigung der Intestaterben sei, welche Papinian aus der Bestätigung herleite, und so gelangen Fein und Vangerow consequent zu dem Satze, daß die Bestätigung die Intestaterben überhaupt, nicht bloß im Falle der Arrogation, ausschließe. Dernburg a. a. O. behauptet, daß das Erforderniß der Bestätigung des selbständig gewordenen Arrogirten in das Justinianische R. „wenig passe", und daher für das geltende R. nicht aufrechtzuhalten sei. 5) Leist B. P. S. 271 leitet, ohne Grund, aus Gai. II, 147 den Satz her, daß nur bei capitis diminutio minima bonorum possessio ertheilt worden sei; anders Forts. von Glück S. 181. 6). Nicht hierher gehört l. 6 § 12 D. 28, 3, welche Stelle Mühlenbruch S. 27 geltend macht; dieselbe spricht nicht von einfacher Wiedererlangung der Rfähigkeit, sondern von Wiederaufhebung des Verlustes derselben (in integrum restitutio gegen die Strafe, in Folge deren sie eingetreten ist).

[8] D. h. daß aus keiner der im Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen die Erbschaft wirklich erworben wird; mit der Unwirksamkeit der Erbeseinsetzungen wird der übrige Inhalt des Testaments ungültig. § 2 I. 2, 17, l. 9 D. 26, 2, l. 12 § 5 D. 38, 2, l. 181 D. 50, 17. Auch der Fall gehört hierher, wo die Erbeseinsetzung nachträglich ungültig wird (der Eingesetzte verliert die Einsetzungs-

3) durch die Geburt eines im Testamente übergangenen Notherben[9];

4) durch Aenderung des Willens des Erblassers. Hiervon ist im folgenden § näher zu handeln[10]. —

[Für das BGB. ist dasjenige, was unter 1 gesagt ist, ohne Bedeutung. Der Wegfall der Erbeseinsetzungen beeinflußt die übrigen Verfügungen des Testaments an und für sich nicht (2085; vgl. ob. S. 281 fg.). Geburt eines übergangenen Pflichttheilsberechtigten (oder nachträglicher Eintritt der Pflichttheilsberechtigung eines Uebergangenen begründet Anfechtbarkeit (2079). Widerruf ist möglich; s. zu § 564. Andere Fälle nachträglichen Unwirksamwerdens kommen vor, z. B. Auflösung der Ehe oder des Verlöbnisses in den Fällen des § 2077, Vorversterben des Bedachten (1923 Abs. 1. 2160) — 2252.]

Die Ungültigkeit des Testamentes, ursprüngliche oder nachfolgende, kann, wie die eines jeden Rechtsgeschäftes, entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit sein. Beispiele der Anfechtbarkeit sind in § 548 Ziff. 1 und 2 vorgekommen; ihre Hauptanwendung findet sie im Notherbenrecht. —

[Der erste Satz trifft auch für das BGB. zu. Anfechtbarkeit s. ob. S. 237 fg. 240 fg. Das Notherbenrecht kennt außer dem Falle des § 2079 keine Anfechtung des Testaments.]

Ueber die Bedeutung der Anerkennung der Gültigkeit eines ungültigen, oder der Ungültigkeit eines gültigen Testamentes s. § 566.

---

fähigkeit). — Ein solches Testament heißt speciell testamentum destitutum (§ 7 I. 3, 1) oder desertum, oder auch irritum (l. 1 D. 28, 3). — Ueber und gegen die Meinung, daß nach Nov. 1 c. 2 das Testament durch Ausschlagung des oder der eingesetzten Erben nicht mehr hinfällig werde, wenn in demselben Vermächtnisse (oder Freilassungen) enthalten seien, daß vielmehr in diesem Falle jeder Vermächtnißnehmer gegen Caution für die Erfüllung der im Testamente getroffenen Anordnungen aus demselben die Erbschaft erwerben könne (so unter den Neueren v. Löhr ACPra. V S. 385 fg, s. auch G. E. Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 369), s. Francke Beiträge S. 148 fg., Mühlenbruch XXXIX S. 54 fg., Vangerow II § 459 Anm.

[9] Ein in dieser Weise ungültig gewordenes Testament heißt speciell testamentum ruptum, § 1 I. 2, 17, l. 3 pr. § 3 D. 28, 3. Fällt der Notherbe vor dem Tode des Erblassers wieder weg, so gilt zwar im Uebrigen das in Note [3] Gesagte; nur ist zu bemerken, daß im älteren R. der Prätor hier unbestritten durch bonorum possessio secundum tabulas half, mit Ausnahme des Falls jedoch, wo im Testamente liberi enterbt waren. L. 12 pr. D. 28, 3, l. 13 D. 44, 4. Vgl. Vangerow II § 473 Anm. Nr. 2 a. A., Leist Fortsetzung von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 239 fg.

[10] Auch das durch Willensänderung ungültig gewordene Testament wird in den Quellen speciell testamentum ruptum genannt. § 2 I. 2, 17, l. 1 D. 28, 3. Der Ausdruck testamentum irritum für ein solches Testament findet sich in § 8 [7] I. 2, 17, l. 4 D. 28, 4, l. 15 § 1 i. f. D. 29, 1.

2. Im Besonderen vom Widerruf des Testamentes*.

§ 564.

Das Testament ist frei widerruflich[1]. Auch durch die ausdrückliche Erklärung, daß ein künftiger Widerruf unwirksam sein solle[2], verliert der Erblasser das Widerrufsrecht nicht[3]; nicht einmal durch einen mit dem eingesetzten Erben abgeschlossenen Vertrag dieses Inhalts[4]. Doch wirkt ein solcher Vertrag nach heutigem Recht als Erbvertrag[5].

[Auch nach BGB. ist das Testament, wie jede einzelne Verfügung in demselben jeder Zeit widerruflich (2253). Ein Vertrag, durch welchen der Erblasser sich verpflichtet, den Widerruf zu unterlassen, ist nichtig (2302). Nicht frei widerruflich ist der Erbvertrag. Die Möglichkeit, daß ein Vertrag des Erblassers, durch welchen er auf den Widerruf eines Testamentes verzichtet, sich als ein Erbvertrag herausstellt, ist anzuerkennen.]

Was die Form des Widerrufs angeht, so kann derselbe:

1) durch Errichtung eines neuen Testamentes erklärt werden. Hiervon näher im folgenden §.

2) Ein in anderer Weise erklärter Widerruf hebt a) als wörtlicher Widerruf das Testament[6] nur dann auf[6a], wenn er vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt ist, und zugleich seit der Errichtung des Testamentes zehn Jahre verflossen sind[7]. Da-

---

* Mühlenbruch XXXVIII S. 168—487. Sintenis III S. 458—468. Vangerow II § 460. Unger § 24.

[1] „Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum", l. 4 D. 34, 4, vgl. l. 32 § 3 D. 24, 1. L. 6 C. 6, 22, l. 19 C. 6, 23. § 564.

[2] S. g. derogatorische Clausel.

[3] L. 22 pr. D. 32: — „nemo . . eam sibi potest legem dicere, ut a priore (sc. voluntate) ei recedere non liceat". Vgl. auch l. 6 § 2 D. 29, 7, l. 88 pr. D. 31. Mühlenbruch S. 169—208, Sintenis § 179 Anm.

[4] Vgl. l. 52 § 9 D. 17, 2, l. 61 D. 45, 1, l. 15 C. 2, 3.

[5] Es wird durch einen solchen Vertrag der Inhalt des Testamentes wiederholt und zur vertragsmäßigen Geltung gebracht. Doch sind die Ansichten über Gültigkeit und Natur eines solchen Vertrages verschieden. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 239 fg., Beseler Erbverträge II 1 S. 314 fg., Buchka ZS. f. deutsch R. XII S. 215 fg., Hartmann Erbverträge S. 47. 116 fg. Vgl. Sf. XXIII. 121. 197.

[6] Bez. die einzelne Erbeseinsetzung.

[6a] Abgesehen nach r. R. vom Soldaten, l. 15 § 1 D. 29, 1. S. aber Reichs-Militärgesetz vom 2/5 1874 § 44 und oben § 537 [4a]. — Wenn jedoch der Widerruf das Testament nicht aufhebt, so ist er deßwegen nicht ohne alle Bedeutung. Vgl. § 673 [1].

gegen kann b) ein schriftliches Testament wirksam auch durch absichtliche Vernichtung der Testamentsurkunde oder der äußeren Zeichen ihrer Solemnisirung oder ihres Inhaltes widerrufen werden[8].

[Der Widerrufsmodus unter a ist dem BGB. nicht bekannt, dem unter b Gesagten entspricht BGB. 2255. Ein Testament vor Richter, Notar oder Ortsvorsteher gilt (anders als im gemeinen Recht, vgl. [8]) als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird. Diese Rückgabe kann der Erblasser jeder Zeit verlangen; sie darf nur an ihn persönlich erfolgen. Letztere Sätze gelten auch für das hinterlegte eigenhändige Privattestament. Hier aber gilt die Rückgabe nicht als Widerruf (2256), weil die Hinterlegung nur auf Wunsch des Testators erfolgt, und wenn er das Testament zurücknimmt, daraus nicht auf Widerrufsabsicht zu schließen ist; er kann es selbst verwahren wollen. (Bericht der Reichstagscommiss. S. 177 [Heymann]].

---

[7] L. 27 C. 6, 23. Nach dem vor dieser Verordnung Justinian's bestehenden Recht verlor das Testament durch den bloßen Ablauf von zehn Jahren seine Gültigkeit, l. 6 C. Th. 4, 4. Mühlenbruch XXXVIII S. 267—291. S. noch § 8 [7] I. 2, 17. l. 27 § 1 D. 28, 7, l. 36 § 3 D. 29, 1, l. 22 D. 34, 4, l. 4 C. 6, 35. Gegenüber diesen Stellen wird es nothwendig, l. 4 § 10 D. 44, 4 (— „heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur") entweder nicht vom Widerruf des Testamentes zu verstehen (vgl. § 548 [2. 13] fg.), oder vom Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde 2c. ([8]), und ebenso l. 1 § 8 D. 38, 6 (*vv.* „vel . . alia ratione voluntatem testator mutavit") von einem Widerruf durch andere Handlungen von der in der Stelle bezeichneten Art. Dieß ist die heutzutage herrschende Ansicht, während früher die Meinung nicht ohne Anhänger war, daß ein jeder ausdrückliche Widerruf des Testamentes die exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründe. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 251 fg. 322 fg., Sintenis § 179 [35], Vangerow § 460 Anm. Nr. IV, Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 221. 235 fg., Sf. XXV. 9. RG. XIV S. 185. Die Entscheidung der l. 11 § 2 D. 37, 11, welche dem Eintritt in väterliche Gewalt die Bedeutung eines Widerrufs beilegt (§ 563 [7] Ziff. [4]), erklärt sich daraus, daß hier das Testament ohnehin nur gegen die Strenge des R. aufrecht erhalten wird. S. jetzt übrigens auch den Aufsatz von P. Krüger in dessen kritischen Versuchen S. 1 fg., dawider Leist a. a. O. S. 209 fg., 228 fg. 265. 266 fg., gegen diesen wieder Krüger Sav.-ZS. I S. 52 fg. Dernburg III § 94 [2].

[8] L. 1 § 8 D. 38, 6. „Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt". L. 1 § 10 D. 37, 11. „Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit.. non videntur signatae, et ideo bonorum possessio peti non potest". L. 30 C. 6, 23. Von der Zerstörung des Inhalts (durch Ausstreichen, Unlesbarmachung) handelt noch l. 2 D. 28, 4. Auch einzelne Verfügungen können in dieser Weise widerrufen werden. S. überhaupt den Titel der Digesten 28, 4 de his quae in testamento delentur vel inducuntur vel inscribuntur, auch l. 2 § 7. l. 8 § 3 D. 37, 11, und vgl. noch § 673 [1]. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 79 fg., P. Krüger a. a. OO. ([7]), Leist Forts. von Glück Serie

§ 565.

Ein von dem Erblasser neu errichtetes Testament hebt nach dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung das früher errichtete Testament durch seine Existenz auf, nicht durch seinen Inhalt[1]. Es hebt daher das frühere Testament nicht nur ohne ausdrücklichen Widerruf auf, sondern trotz ausdrücklicher Bestätigung; nur daß in diesem letzteren Falle der Inhalt des früheren Testamentes als Vermächtniß aufrecht erhalten wird[2]. Es hebt ferner das frühere Testament auf, obgleich es selbst nicht zur Wirksamkeit gelangt[3] oder seine Gültigkeit verliert[4]. Bloß das ist erforderlich, daß es nicht von Anfang an ungültig und daß seine Wirksamkeit nicht von Anfang an ausgeschlossen war[5]. Besondere Vorschriften des römischen Rechts

---

der Bücher 37 u. 38 IV S. 200 fg. 260 fg., Schirmer Sav.-ZS. VII Heft 1 S. 1 fg., Krüger das. Heft. 2 S. 91 fg., Schirmer das. VIII S. 99 fg., Krüger das. VIII S. 109 fg. (Der in den vier letzten Aufsätzen zwischen Schirmer und Krüger geführte Streit, bezieht sich auf die Frage, ob die Zerstörung des Testaments dasselbe iure civili oder iure praetoris aufgehoben habe.) Eine Zerstörung, welche nicht der Ausdruck des Widerrufswillens ist, hat gar keine rliche Bedeutung, l. 1 pr. — § 3 D. 28, 4, l. 20 D. 28, 3, l. 1 § 3. 10. 11 D. 37, 11, l. 30 C. 6, 23. Daß die absichtliche Zerstörung des einen der mehreren Exemplare, in welchen das Testament errichtet worden ist, Ausdruck des Widerrufswillens sei, muß von den Intestaterben bewiesen werden. L. 4 D. 28, 4. Sf. IX. 185, XXXVIII. 202. RG. XIV S. 184 fg. — Zerstörung der über ein mündliches Testament errichteten Beweisurkunde ist gehöriger Ausdruck des Widerrufswillens nicht, weil die Urkunde das Testament nicht darstellt. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 99 fg., Sintenis § 179 [31]. Anders Sf. I. 96. — Ebensowenig ist gehöriger Ausdruck des Widerrufswillens Zurücknahme des gerichtlich errichteten Testaments aus dem gerichtlichen Gewahrsam, weil der gerichtliche Gewahrsam nichts der Form des gerichtlichen Testamentes Wesentliches ist (§ 545 [4]). Wie aber, wenn das Gericht zugleich das Testament auf Antrag des Testators „cassirt" hat? Sf. XLI. 24.

[1] Vgl. § 537 [2]. L. 1 D. 28, 3, § 2 I. 2, 17. Vgl. l. 19 pr. D. 29, 1. Dernburg III § 94 [8] ist der Ansicht, daß das neue Testament das frühere auch dann aufhebe, wenn es keine Erbeseinsetzung enthalte; es seien dann die Intestaterben eingesetzt. § 565.

[2] L. 12 § 1 D. 28, 3. Auch stillschweigend kann das frühere Testament bestätigt werden, so namentlich dadurch, daß in dem neuen nur über einen Theil des Nachlasses verfügt wird; dann tritt die gleiche Behandlung ein. L. 30 [29] D. 36, 1, § 3 I. 2, 17. Vgl. § 552 [4. 6. 7], § 553 [6. 8].

[3] So wenn die Bedingung der in ihm enthaltenen Erbeseinsetzung nicht eintritt, oder der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser stirbt oder die Erbschaft ausschlägt. § 2 I. 2, 17, l. 16 D. 28, 3 (vgl. § 554 [1], I § 89 [2]).

[4] L. 3 § 4 D. 28, 3, l. 36 § 4 D. 29, 1.

[5] L. 1 D. 28, 3 (— „rumpitur alio testamento, ex quo heres exsistere poterit"), l. 2 eod., l. 7 D. 28, 2, l. 16 D. 28, 3. (Einsetzung unter

sind: 1) daß auch ein unvollendetes Testament, wenn nur sein Inhalt durch die eidlichen Aussagen von fünf Zeugen erhärtet wird, ein früher errichtetes Testament dann aufhebt, wenn in diesem Fremde, in dem unvollendeten Testament Intestaterben eingesetzt sind[6]; 2) daß, wenn der Erblasser die Urkunde des späteren Testamentes vernichtet, um das frühere wiederherzustellen, aus diesem die Erbschaft in Anspruch genommen werden kann[7].

Mehrere zu gleicher Zeit errichtete Testamente gelten als Eines[8], und ebenso bestehen mehrere Testamente, deren Zeitverhältniß nicht ermittelt werden kann, neben einander[9].

Ganz abweichend ist nach römischem Recht auch in diesem Punkt die Behandlung des Soldatentestamentes. Das Soldatentestament hebt nach römischem Recht ein früher errichtetes Testament nicht durch seine Existenz, sondern nur insoweit auf, als der Soldat die Verfügungen des früheren Testamentes im Einzelnen hat aufheben wollen[10]. Heutzutage gilt das nicht mehr[11].

einer auf die Vergangenheit oder Gegenwart gestellten Bedingung, welche nicht erfüllt ist).

[6] Es selbst besteht dann als Intestatcodicill. L. 2 D. 28, 3, l. 21 § 5 C. 6, 23. Die Meinung Mühlenbruch's (XXXVIII S. 364 fg. XLII S. 2 fg.), daß es als Testament aufrecht erhalten werde, ist fast ohne Anhänger geblieben. S. gegen dieselbe namentlich Vangerow § 460 Anm. Nr. II. 1, Fein Forts. von Glück XLV S. 237 fg., und vgl. auch Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 237 fg. 271 fg. Andere abweichende Meinungen sind aufgestellt worden: 1) von Pfotenhauer ZS. f. CR. u. Pr. XVI S. 1 fg.: das unvollendete Testament werde zwar nicht als Testament aufrecht erhalten, vielmehr trete Intestatberufung ein, aber auch nicht als Codicill, sondern als eine eigenthümliche letzte Willenserklärung, welche mit einem Testament die meiste Aehnlichkeit habe; 2) von Witte RLex. S. 671 [8] und mit einer Modification von Sintenis § 179 [38]: das unvollendete Testament werde, abgesehen von seiner aufhebenden Kraft, gar nicht aufrecht erhalten. S. gegen diese Ansichten Fein a. a. O. Wie Witte jetzt auch P. Krüger kritische Versuche S. 30, Brinz 2. Aufl. III S. 99 [11]. Vgl. noch Bruns Syrisch-röm. Rbuch S. 212 fg.

[7] Der Prätor gab aus einem solchen Testament bonorum possessio. L. 11 § 2 i. f. D. 37, 11. Vgl. Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 210 fg. 265 fg., Krüger Sav.-ZS. I S. 57 fg.

[8] L. 1 § 6 D. 37, 11. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 480 fg.

[9] Es läßt sich von keinem der beiden Testamente darthun, daß es aufgehoben worden sei. Im Resultat der gleichen Meinung sind Mühlenbruch S. 486, Sintenis § 179 [42]; a. M. Vangerow § 460 Anm. Nr. II. 5.

[10] L. 19 pr. D. 29, 1: — „militi licet plura testamenta facere . . nec superius per inferius rumpitur . .“. L. 36 § 1 eod. Mühlenbruch XXXVIII S. 470—471. XLII S. 94—98, Reuner die Heredis institutio ex re certa S. 487—488.

[Nach BGB. kann ein Testament, welches ein früheres widerrufen will, sich auf die Widerrufserklärung beschränken (2254). Ein neueres Testament mit selbständigem Inhalt hebt das ältere nur insoweit auf, als sein Inhalt mit dem des älteren in Widerspruch steht (2258 Abs. 1). Das spätere Testament muß gültig errichtet sein, um das ältere aufheben zu können. Wird das jüngere Testament wirksam angefochten, so gilt es als von Anfang an nichtig (142 Abs. 1), verliert also auch die Widerrufskraft. Dagegen ist es gleichgültig, wie im gemeinen Recht, ob durch Vorversterben, Ausschlagung oder ähnliche Gründe die Verfügungen des neueren Testamentes unwirksam werden. Widerruft der Erblasser das spätere Testament, so gilt das durch dieses widerrufene so, wie wenn es nicht widerrufen worden wäre (2258 Abs. 2). Dieß gilt nicht nur, wenn ein späteres Testament von selbständigem Inhalt widerrufen wird, sondern auch beim Widerruf eines reinen Widerrufstestaments, und es gilt bei jeder Art des Widerrufs des späteren Testaments, nicht nur in dem dem Satz zu [7] entsprechenden Falle des § 2255. Wenn dagegen ein Testament nicht durch Testament, sondern nach 2255 oder 2256 widerrufen ist, so kann es nicht wiederhergestellt werden, indem der Widerrufsact rückgängig gemacht wird, insbesondere nicht durch Wiedereinreichung zur amtlichen Verwahrung, sondern nur durch einen neuen formgerechten Errichtungsact.

Daß mehrere Testamente, deren Zeitverhältniß nicht zu ermitteln ist, (mehrere von demselben Tage!) auch nach BGB. neben einander gelten, wird anzuerkennen sein.]

3. Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testamentes*.

§ 566.

Wenn die Gültigkeit eines ungültigen oder die Ungültigkeit eines gültigen Testamentes von dem für den Fall der Ungültigkeit oder Gültigkeit zur Erbschaft Berufenen anerkannt wird, so ist zu unterscheiden, ob die Anerkennung eine vertragsmäßige ist oder nicht.

1. Die vertragsmäßige Anerkennung überhaupt[1] begründet nach dem II § 412a Gesagten für den Anerkennenden gegenüber dem

[11] Reichs-Militärgesetz 2/5 1874 § 44. Vgl. § 537 [4a].

* Mühlenbruch XXXVIII S. 144 fg. (1835). Francke ACPra. XIX S. 177 fg. (1836) (s. auch dens. in dem Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 126 fg.). Bähr Anerkennung § 51 (1855. 1867.) Dedekind die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen (1872). (Darüber Hölder kr. VJS. XVI S. 555 fg.) K. Schmidt ACPra. LVI S. 297 fg. (1873). (Mit vielen Literaturangaben und eingehender Berücksichtigung der Praxis, auch der französischen.) Sintenis III S. 468—471; Vangerow II § 457 Anm. Unger § 22 [4]. Brinz 2. Aufl. III § 379a. Dernburg III § 96, 2. Sf. XL. 122 (RG). [Wussow die Wirkung der Anerkennung eines nichtigen Testaments von Seiten des berufenen Intestaterben u. s. w. Erl. Diss. 1898.]

Gegner die Verpflichtung, das Anerkannte gegen sich gelten zu lassen, als wenn es wirklich wäre. In der vertragsmäßigen Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testamentes im Besonderen liegt also ein Verzicht auf die Geltendmachung des dem Anerkennenden für den Fall der Ungültigkeit bez. Gültigkeit des Testamentes zustehenden Erbrechts dem Gegner gegenüber. Nicht aber liegt in derselben ein Verzicht auf das Erbrecht schlechthin; deßwegen können nicht etwa die hinter oder neben dem Anerkennenden Berufenen nun ihrerseits die Erbschaft in Anspruch nehmen[2]. Vermächtnißnehmern und Erbschaftsgläubigern kann die Anerkennung nicht entgegengehalten werden, wohl aber können sie sich auf dieselbe berufen[3].

---

§ 566. [1] Die vertragsmäßige Anerkennung kann auch hier, wie überhaupt, eine einfache sein oder eine qualificirte; qualificirt ist die im Vergleich, Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag erklärte Anerkennung. S. II § 412a fg. — Die Schrift von Dedekind beschränkt sich ausdrücklich auf die nicht vertragsmäßige Anerkennung.

[2] Unger a. a. O. Die Auffassung der Anerkennung als einer Veräußerung der Erbschaft (Vangerow S. 194, Sintenis S. 469, Mühlenbruch XXXVII S. 269—270) entspricht nicht dem Sinne der Parteien, und ist unnöthig. Dedekind S. 51 fg. nimmt an, in der (nicht vertragsmäßigen, um so mehr also in der vertragsmäßigen) Anerkennung eines nichtigen Testamentes liege allerdings ein Verzicht auf das dem Anerkennenden zustehende Erbr.; aber die hinter dem Anerkennenden Stehenden seien deßwegen ausgeschlossen, weil der Verzicht nur zum Zweck der Aufrechterhaltung des Testamentes erfolgt sei. Allein dieser Weg führt nicht zum Ziel. Verzicht auf das Erbr. zu Gunsten einer gewissen Person vermag weder dieser Person Erbr. zu geben, noch es demjenigen zu nehmen, welchem es nach der gesetzlichen Regel zusteht. Nichterreichung des Zweckes des Verzichts begründet keine andere Befugniß, als die der Zurücknahme des Verzichts wegen ermangelnder Voraussetzung. Die Consequenzen aus der Idee des Verzichts zieht Brinz a. a. O.

[3] Die Anerkennung kann 1) nicht entgegengehalten werden a) den Vermächtnißnehmern; d. h. die Vermächtnißnehmer dürfen sich an den Testamentserben halten, trotzdem daß derselbe die Ungültigkeit des Testaments anerkannt hat, vgl. l. 29 § 2 D. 5, 2, l. 3 pr. D. 2, 15. b) Nicht so sicher ist, daß die vertragsmäßige Anerkennung auch nicht den Erbschaftsgläubigern gegenüber wirkt, d. h. daß es den Erbschaftsgläubigern trotz des zwischen den Erbschaftsprätendenten abgeschlossenen Vertrages unbenommen bleibt, sich an denjenigen derselben zu halten, welchen sie als wirklichen Erben nachzuweisen im Stande sind. Doch wäre das Gegentheil äußerst unbillig, und l. 14 D. 2, 15 braucht nicht von einer Pflicht der Gläubiger verstanden zu werden. A. M. Wetzell Civilproz. § 47 [33], und s. auch diese Note a. E. 2) Daß auf die Anerkennung sich die Erbschaftsgläubiger berufen können, sagt l. 14 D. 2, 15. Der Schluß auf die Vermächtnißnehmer ist ohne Anstand. Wird nicht der Testamentserbe als Erbe schlechthin anerkannt, sondern die Erbschaft zwischen ihm und dem Intestaterben im Vergleichswege getheilt, so bleibt es den Vermächtnißnehmern, wenn sie die Vermächtnisse voll ausgezahlt haben wollen, unbenommen, dem Testamentserben

Wegen Irrthums kann die Anerkennung angefochten werden, aber nur wegen entschuldbaren Irrthums[4].

[1. Nach BGB. macht der Verzicht des Anfechtungsberechtigten auf die Anfechtung des Testaments dasselbe unanfechtbar (s. ob. S. 241), und dieser Verzicht kann in die Form einer vertragsmäßigen Anerkennung des Testamentes gekleidet sein.

2. Ist aber das Testament nichtig, so kann nach den II S. 770 angegebenen Principien die vertragsmäßige Anerkennung desselben dem Testamentserben nicht das ihm in Wahrheit fehlende Erbrecht schaffen, und ebensowenig kann, wenn das Testament gültig ist, die vertragsmäßige Anerkennung seiner Nichtigkeit dem Testamentserben das ihm zustehende Erbrecht nehmen. Wenn derjenige, welcher in Wahrheit Erbe ist, als solcher vertragsmäßig sich anerkennen läßt, so wird darin die Annahme der Erbschaft zu finden sein (1943). Wenn andererseits derjenige, welcher in Wahrheit Erbe ist, vertragsmäßig anerkennt, daß nicht er, sondern ein Anderer es sei, so kann darin die Ausschlagung der Erbschaft nicht gefunden werden, weil sie durch Erklärung an das Nachlaßgericht erfolgen muß (1945). Die Uebernahme einer Verpflichtung zur Abgabe dieser Erklärung kann man ohne Weiteres in dem Anerkennungsvertrage gewiß nicht finden. Wird auf Grund des Vertrages die Ausschlagungserklärung abgegeben, so kann der Vertrag nicht verhindern, daß die Erbschaft an den gemäß § 1953 Abs. 2 Berufenen fällt, wenn dieß auch ein Anderer als der von dem Ausschlagenden Anerkannte ist; aus diesem Grunde kann man nicht einmal sagen, daß eine solche Ausschlagungserklärung in den Intentionen des Anerkennungsvertrages liegt. Der Anerkennungsvertrag kann vielmehr (abgesehen von dem Falle des Verzichts auf ein Anfechtungsrecht) nur in dem Sinne eines obligatorischen Vertrages verstanden werden, durch welchen eine Partei sich verpflichtet, die andere als Erben zu behandeln. Möglicherweise aber ist der Sinn des Vertrages auch ein engerer: man verpflichtet sich nur, die Folgen einer bestimmten anerkannten Thatsache zu tragen. Wird z. B. ein Testament als nichtig anerkannt, so bleibt dem Anerkennenden die Möglichkeit, die Erbschaft dem Anerkannten streitig zu machen auf Grund eines später entdeckten anderen Testaments. Wird ein Nichtigkeitsgrund eines Testaments als nicht vorhanden anerkannt, so bleibt dem Anerkennenden die Möglichkeit, einen anderen Nichtigkeitsgrund geltend zu machen. Ein Vertrag, in welchem eine Partei die andere als Erben anerkennt, bietet eine nahe Analogie zur Erbschaftsveräußerung, ist aber mit ihr

---

gegenüber die Gültigkeit des Testamentes darzuthun; gegen den Intestaterben haben sie keinen Anspruch. — Sehr abweichende Ansichten werden in Betreff der hier behandelten Fragen entwickelt von Mühlenbruch, Sintenis, Vangerow a. a. O., welche namentlich nicht die Unterscheidung zwischen der negativen und positiven Wirkung der Anerkennung (des Vergleichs), und nicht die Unterscheidung zwischen Gläubigern und Vermächtnißnehmern, sondern die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Testamentes zu Grunde legen, und von dieser Unterscheidung aus die ll. 3 und 14 D. 2, 15 citt. zu „vereinigen" bestrebt sind. Vgl. auch Dedekind S. 57 [19].

[4] S. § 412a [8].

doch nicht ein und dasselbe. Denn wer die Erbschaft veräußert, behauptet Erbe zu sein und will die Erbschaft auf den Andern übertragen; wer dagegen den Anderen als Erben anerkennt, erklärt zwar, dem Andern die Erbschaft auch für den Fall, daß er (der Anerkennende) Erbe sei, überlassen zu wollen, aber er behauptet nicht mehr, der Erbe zu sein. Es hat keine Bedenken, daß der Anerkennende dem Anerkannten Alles lassen und geben muß, was er bei der Erbschaftsveräußerung ihm zu überlassen und herauszugeben hat; es unterliegt auch keinem Zweifel, daß der Anerkennende, wenn er in Wahrheit Erbe ist, wie bei der Veräußerung von den Erbschaftsschulden nicht frei wird (2382 Abs. 1 S. 1, vgl. 2385), während andererseits der von dem wahren Erben als Erbe Anerkannte in die Mithaftung eintritt (2382. 2385). Bei dieser weitgehenden Analogie wird es sich auch rechtfertigen, die gerichtliche oder notarielle Form wie für die Veräußerung, so auch für den Anerkennungsvertrag zu fordern. Wenn aber derjenige, der die Erbschaft entgeltlich veräußert, für sein Erbrecht einsteht (2376. 2385), so ist das bei dem Vertrage, durch welchen Jemand einen andern als Erben anerkennt, in dieser Form wenigstens nicht anwendbar. Nur, wenn der Anerkennende ein bestimmtes Verhältniß für sich behauptet hat, von welchem der Werth der Anerkennung für den Anerkannten abhängt, wird der Anerkennende für dieses Verhältniß einstehen müssen. Wer sich für den Intestaterben ausgibt und vertragsmäßig entgeltlich den Testamentserben als solchen anerkennt, haftet dafür, daß er wirklich z. B. der Sohn des Erblassers ist. Wenn dagegen Jemand einen Andern als Erben anerkennt, in dem Sinne, daß er, der Anerkennende, die Behauptung aufgibt, ein näherer Verwandter des Erblassers zu sein, so ist für eine derartige Haftung kein Boden, auch wenn ein Entgelt für die Anerkennung gewährt wird.

Die Anfechtung des Anerkennungsvertrages wegen Irrthums folgt den allgemeinen für die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrthums vom BGB. aufgestellten Grundsätzen, nach welchen Entschuldbarkeit des Irrthums (vgl. zu [4]) nicht zu fordern ist (vgl. 119 fg.). Auch insofern die Anerkennung den Sinn der Anerkennung einer Herausgabeverbindlichkeit hat, ist ihre Zurückforderung mittels condictio indebiti an jene Voraussetzung nicht gebunden (812 Abs. 2. 814).]

2. Die nicht vertragsmäßige Anerkennung hat: a) die Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses[5]; b) wenn sie in Kenntniß der Ungültigkeit bez. Gültigkeit des Testamentes erfolgt, kann sie in Betracht kommen als Ausschlagung der dem Anerkennenden anerfallenen Erbschaft[6].

[Im BGB. kann das Geständniß fremden Erbrechts die Ausschlagung ihrer Form wegen nicht ersetzen (1945).]

---

[5] S. § 412a z. A. Bähr a. a. O. Note [6], Dedekind S. 21 fg.

[6] L. 5 pr. D. 34, 9, l. 43, D. 5, 3; l. 8 D. eod., l. 3 D. 48, 10, l. 4. 8 C. 1, 18, l. 4 [3] C. 9, 22. In diesem Fall muß das Wissen von der Unwahrheit des Anerkannten dem Anerkennenden bewiesen werden, nicht von ihm das Nichtwissen; ebensowenig ist Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich. Francke S. 187 fg., Bähr § 51 nach [2], Dedekind S. 12 fg. (welcher

F. Eröffnung und Vollziehung des Testamentes.

§ 567.

Vorschriften über die Eröffnung des Testamentes, von deren Beobachtung die Gültigkeit des Testamentes abhinge, gibt es gemeinrechtlich nicht, und namentlich ist die gerichtliche Eröffnung Bedingung der Gültigkeit des Testamentes nicht. Doch ist die gerichtliche Eröffnung gebräuchlich bei gerichtlich aufgenommenen und in gerichtlichem Gewahrsam gebliebenen Testamenten, und kann auch sonst eintreten nach Anordnung des Erblassers, oder auf Antrag der Interessenten, oder wenn besondere Umstände ein amtliches Einschreiten nöthig machen[1]. — Auf Vorlage der Testamentsurkunde zum Zweck der Eröffnung, sowie auf Gestattung der Einsicht und Abschriftnahme hat jeder Betheiligte, auf Erfordern gegen Ausschwörung des Gefährdeeides, einen durch Klage zu verfolgenden Anspruch[2].

übrigens den Anerkennenden nicht schon durch sein Wissen ausgeschlossen werden läßt, sondern nur im Fall einer besonderen ihm zur Last fallenden Frivolität). Eine weitergehende Bedeutung legt das r. R. der Anerkennung des pflichttheilsberechtigten Notherben bei, s. darüber § 585 [3].

[1] Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 375 fg., Sintenis III S. 473 fg., Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 20—21. Auch nach r. R. war die gerichtliche Eröffnung, obgleich in den Quellen als die regelmäßige Form der Eröffnung vorausgesetzt (Dig. 29, 3 C. 6, 32 testamenta quemadmodum [quemadmodum testamenta] aperiantur inspiciantur et describantur, l. 3 § 9 D. 43, 5, l. 18. 23 C. 6, 23, Paul. sentent. IV, 6, vgl. Bruns fontes iuris p. 153 [ed. 4. p. 234]) zur Gültigkeit des Testamentes nicht nothwendig (l. 10 § 1 D. 29, 3, l. 2 § 7 eod., l. 4 eod. [vv. cum *ab initio* aperiendae sint tabulae], l. 4 § 3. l. 5 D. 10, 2 vgl. mit Paul. sentent. IV, 6 § 1, l. 5 D. 43, 5). Vgl. überhaupt Mühlenbruch S. 370 fg., Bachofen ausgewählte Lehren S. 356 fg., ferner Savigny vermischte Schriften III S. 122 fg. (zuerst in den Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1818, S. 67 fg. der historisch-philosophischen Klasse), Spangenberg ACPra. V S. 158 fg. Vor der Eröffnung wurden die Zeugen zur Anerkennung ihrer Siegel vorgeladen, l. 4—7 D. 29, 3, l. 3 § 9 D. 43, 5, Paul. sentent. IV, 6 § 1 (vgl. § 541 [4]), was heutzutage bei der gerichtlichen Eröffnung nur dann geschieht, wenn ein Bedürfniß zur Feststellung der Echtheit der Testamentsurkunde vorhanden ist. Mühlenbruch S. 377. Sf. XXIII. 149. [Verbot der sofortigen Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes durch die Testatoren im Allgemeinen gültig; anders nur wenn ein öffentliches oder privates Interesse die Nichtbefolgung rechtfertigt: Sf. LIV. 32.] § 567.

[2] Dig. 43, 5 Cod. 8, 7 de tabulis exhibendis. Demelius die Exhibitionspflicht S. 231—239. Einzelnes: a) der Kläger, l. 3 § 10. 12. 13. 17 D. 43, 5, l. un. C. 8, 7, l. 3 § 5 D. 43, 5, vgl. l. 1 pr. § 1. l. 2 pr. D. 29, 3; b) der Beklagte, l. 3 § 2. 3. 6. l. 4. l. 1 § 11 — l. 3 D. 43, 5; c) der Gefährdeeid, l. 3 C. 6, 32; d) Einsicht und Abschriftnahme, l. 3 C. cit., l. 1 pr. l. 2 § 4—8 D. 29, 3; e) Verurtheilung nach r. R. auf das Interesse des

[Das BGB. ordnet die gerichtliche Eröffnung aller Testamente an (2259—2262). Die Eröffnung liegt im Allgemeinen dem Nachlaßgericht ob; an dieses haben Private, Notare und nichtgerichtliche Behörden ein in ihrer Hand befindliches Testament abzuliefern (2259); nur wenn ein anderes Gericht das Testament in Händen hat, so hat es selbst die Eröffnung vorzunehmen (2261). Die Ablieferungspflicht des privaten Besitzers sehen die Motive (V S. 305) als privatrechtliche an, und nichts steht im Wege, dieß als richtig anzuerkennen. Danach aber kann der private Besitzer zur Ablieferung durch Klage gezwungen werden. Steht diese Klage an und für sich zweifellos dem Erben zu, so ist es doch nahe liegend, daß dieser sich ohne das Testament, um dessen Ablieferung es sich handelt, nicht legitimiren kann. Nothwendig aber ist dieß Ergebniß nicht, z. B. wer einen Erbschein ertheilt bekommen hat und deßhalb vermuthungsweise als Erbe gilt (2365), kann auf Ablieferung einer neu aufgetauchten letztwilligen Verfügung des Erblassers klagen. Jedenfalls kann klagen der Nachlaßpfleger (1960). Es kann aber auch das Nachlaßgericht den Besitzer durch Ordnungsstrafen zur Ablieferung anhalten und von demjenigen, bei welchem Grund zu der Annahme besteht, daß er das Testament habe, den Offenbarungseid verlangen (Ges. üb. d. Angeleg. der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 83). Diese Bestimmungen hat die Reichstagscommission bei Berathung des Gesetzes eingeschoben, weil § 2259 Abs. 1 BGB. den Weg, auf welchem die Ablieferung des Testamentes zu erzwingen sei, nicht angegeben habe. (Bericht V. Abschnitt, Ziffer 3). Allein wenn dabei von der Anschauung ausgegangen ist, daß es nach BGB. einen solchen Weg nicht gebe, so ist diese Anschauung unverbindlich. Klage des Privaten auf Ablieferung und Einforderungsrecht des Gerichts sind neben einander sehr wohl verträglich. (vgl. BGB. 2361 Abs. 1. 2362 Abs. 1.) S. noch 2263.]

Auch die Vollziehung des Testamentes[3] ist nach gemeinem Recht, abgesehen von Ausnahmefällen, Gegenstand obrigkeitlicher Fürsorge[4]

Klägers (l. 3 § 11 sqq. D. 43, 5), nach heutigem R. natürlich zunächst auf Vorlage selbst; f) die gleichen Grundsätze gelten für andere letztwillige Verfügungen, l. 1 § 2 D. 43, 5 [[Ubbelohde Interdicte III S. 235 fg.]] [Zu l. 1 § 10 D. 43, 5 f. Schirmer Sav.-ZS. XIX S. 363 fg.]

[3] Roßhirt in seiner ZS. f Civ.- und Criminalr. I S. 217 fg. (1831). J. Scholz der Dritte über Testaments-Vollzieher (1841). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 390 fg. (1843). Beseler ZS. f. deutsch. R. IX S. 144 fg. (1845). Elvers APraktRW. IV S. 134 fg. (1857). Hinschius Preuß. Anwaltszeitung Jahrg. 1866 S. 753 fg. 771 fg. 785 fg. ZS. f. Gesetzg. und RPflege in Preußen Jahrg. 1867 S. 518 fg. 656 fg., Sturm die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gem. und Preuß. R., Jahrb. für Dogm. XX S. 91 fg. (1882). Rosenthal die rliche Natur der Testamentsexecution und in Sonderheit der Besitz des Testaments-Executors an den Nachlaßgegenständen (Bresl. Diss. 1883). Sintenis III S. 477—487. Beseler § 148 (3. Aufl. § 143), Stobbe V § 308. 309. Hartmann Verh. des 21. deutschen Juristentages I S. 3 fg. [Cuny das. S. 43 fg., Verh. III S. 223 fg. 435 fg., Sturm die Lehre von den Testamentsvollstreckern und der E. des BGB. Berlin 1896. Lissauer die juristische Natur des Testamentsvollstreckers. Erl. Diss. 1896. Marcus sächs. Arch. f. bürg. R. u. Pr. VIII S. 53 fg. 1898. Rüger sächs.

nicht[5]. Dagegen kann der Erblasser selbst in seinem Testamente einen Vollstrecker seiner Anordnungen ernennen[6]. Die rechtliche Stellung eines solchen letztwillig ernannten Vollstreckers hat zwei Seiten. Auf der einen Seite hat er über das vom Erblasser hinterlassene Vermögen eine gewisse Macht, welche von den Erben anerkannt werden muß; auf der andern Seite steht er zu den Erben in einem Verpflichtungsverhältniß. Der Inhalt dieses Verpflichtungsverhältnisses bestimmt sich im Allgemeinen nach der Analogie des Auftragsverhältnisses[7], im Besonderen aber, in gleicher Weise wie der Umfang der

Arch. f. bürg. R. u. Proc. IX S. 461 fg. 1899. Brettner der Testamentsvollstrecker nach neuem deutschen R. ABR. XVII S. 213 fg. (1900), Meischeider letztwillige Verfügungen § 11—27 (1900).] ✓

[4] Wie sie in Particularren mehr oder minder umfassend ausgebildet ist. S. namentlich Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862); ferner Randa der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Re (1867) S. 10 fg. Das c. R., welches in dieser Beziehung nicht geltend geworden ist, stellt die Ausführung der letztwilligen Verfügungen unter die Ueberwachung der Bischöfe. C. 3. 19 X. 3, 26, cl. un. 3, 6.

[5] Die Ausnahmen beziehen sich auf solche Fälle, in denen es an einem Berechtigten, welcher die Ausführung der testamentarischen Anordnung verfolgen könnte, fehlt. Im Einzelnen: a) l. 7 D. 33, 1, l. 50 § 1 D. 5, 3, l. 44 D. 40, 4 (Auflage im Interesse des Erblassers, z. B. Errichtung eines Grabmals für denselben); b) l. 28. 45 [46] [lex rest.]. 48 [49] C. 1, 3, Nov. 131 c. 10, 11 (Verfügung der Verwendung zu einem frommen Zwecke; die Bischöfe sollen die Ausführung überwachen, vgl. § 549 [5]). Man spricht in solchen Fällen von einem gesetzlichen Testamentsvollstrecker (executor testamenti legitimus). Vgl. Beseler S. 176 fg.

[6] Das Institut der letztwillig ernannten Testamentsvollstrecker beruht auf Gewohnheitsr., welches auf ältere deutsche Reinrichtungen zurückweist (vgl. Beseler ZS. S. 144 fg., Stobbe § 308). Das r. R. kennt letztwillig ernannte Vollstrecker testamentarischer Anordnungen nur im Sinne von Vermächtnißnehmern, welche das ihnen Hinterlassene Anderen herausgeben oder in gewisser Weise verwenden sollen. L. 96 § 3 D. 30, l. 17 pr. D. 31, l. 8 D. 34, 1, l. 88 § 1 D. 31, vgl. auch l. 80 [78] § 1 D. 36, 1. Wirkliche Testamentsvollstrecker kommen dagegen im c. R. vor, c. 17. 19 X. 3, 26, cl. un. 3, 6 (und schon in der Nov. Leonis 68). [Deutsch die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im r. R. Gött. Diss. 1899.] v

[7] Daher haftet namentlich der Testamentsvollstrecker auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit. Aber das Verhältniß des Testamentsvollstreckers ist kein Auftragsverhältniß, wie vielfach angenommen wird (so noch in dem Erk. des obersten Gerichtshofes von Bayern 24/3 79 bei Sf. XXXIV. 315). Es ist kein Auftragsverhältniß: 1) weil das Auftragsverhältniß ein Vertragsverhältniß ist, und ein Vertrag nicht durch Acceptation der letztwilligen Erklärung eines Verstorbenen zu Stande kommen kann (vgl. II § 307 [9]). Das mandatum post mortem der l. 12 § 17. l. 13 D. 17, 1 ist ein vom Erblasser bei seinen Lebzeiten abgeschlossener Vertrag auf Handeln nach seinem Tode, und das mandatum divisionis legatorum der l. 8 D. 34, 1 ist in Wirklichkeit ein auf ein Ver-

dem Testamentsvollstrecker zustehenden Macht, nach dem ausdrücklich erklärten oder durch Auslegung festzustellenden Willen des Erblassers[8].

---

mächtniß gelegtes Fideicommiß, wie daraus hervorgeht, daß die Frage (zwar verneint, aber doch) aufgeworfen wird, ob der Beauftragte den Antheil der ausfallenden Vermächtnißnehmer für sich behalten könne. Das Rverhältniß des Testamentsvollstreckers ist aber namentlich 2) deßwegen kein Auftragsverhältniß, weil der Testamentsvollstrecker eine Macht hat, welche von den Erben anerkannt werden muß. Will man daher die Kategorie des Auftrags (des Mandates) zur Construction des Rverhältnisses des Testamentsvollstreckers verwenden, so muß man unter Auftrag (Mandat) einen einseitig erklärten und einen von den Erben nicht zu widerrufenden Auftrag verstehen, und damit hat man den römischen Namen und nicht die römische Sache. Dagegen findet nach den beiden hier hervorgehobenen Seiten die Stellung des Testamentsvollstreckers im r. Re eine vollständig zutreffende Analogie in der Stellung des Vormunds, und wie diese Analogie wirklich angezogen wird in der oben citirten Nov. Leonis 68, so war es früher in Deutschland durchaus gebräuchlich, nach derselben das Rverhältniß des Testamentsvollstreckers auch im Einzelnen zu bestimmen (Beseler ZS. S. 160 fg.). Es ist zwar richtig, daß der Vormund im öffentlichen Interesse aufgestellt ist und daß er nicht freiwillig eintritt, während für den Testamentsvollstrecker allein die privaten Interessen des Erblassers maßgebend sind und Niemand ihn zur Uebernahme der ihm angebotenen Stellung nöthigt; aber daraus folgt eben auch nur, daß man die Consequenzen, welche sich aus diesen beiden Punkten ergeben, bei der Ausbildung des Institutes im Einzelnen wegzulassen habe, nicht aber daß für seine Ausbildung die Analogie der Vormundschaft überhaupt zu verwerfen sei. Für einen einzelnen Punkt (die Besitzesverhältnisse) sucht diese Analogie zu verwerthen Hinschius a. a. O. Jahrg. 1867, vgl. dazu (und dagegen) Sturm S. 127, Rosenthal S. 34 fg. Sturm legt der Construction die Kategorie der Güterpflege zu Grunde. Eine besondere Auffassung vertritt Beseler a. a. O. Nach ihm soll der Testamentsvollstrecker der formelle Repräsentant des Erblassers sein, während die Erben seine materiellen Repräsentanten seien; die Repräsentation des Erblassers sei zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben nach diesen beiden Seiten getheilt. Aber ich glaube nicht, daß dieser neue Begriff der formellen Repräsentation uns weiter bringt. Denn daß der Testamentsvollstrecker in eigenem Namen berechtigt und verpflichtet sei, meint natürlich auch Beseler nicht; es bleibt also nichts übrig, als daß der Testamentsvollstrecker in Betreff fremden Vermögens eine gewisse feste, von den Erben nicht zu verkümmernde rliche Stellung hat, welche einerseits nicht nach der Analogie der rlichen Stellung des Erben zu beurtheilen ist, von welcher andererseits aber auch nicht gesagt wird, nach welcher Analogie sie wirklich zu beurtheilen sei. Vgl. auch Unger § 27 [7], Gerber § 265 [7] [§ 312 [7]], Stobbe § 309 Nr. 3, Randa ([4]) S. 75 fg., Sturm S. 105 fg., und das Erk. des OAG. zu Rostock vom 18. Februar 1860 bei Sf. XVIII. 89 (Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 280 fg.). Gegen Beseler auch Rosenthal S. 14 fg., der seinerseits in dem Testamentsexecutor den Inhaber der „von ihrem persönlichen Substrat losgelösten" und „über den Tod hinaus" erstreckten „Willensmacht" des Erblassers sieht.

[8] Hiernach ist namentlich die Frage zu entscheiden, ob der Testamentsvollstrecker auch zur Verwaltung, Regulirung und Vertheilung des Nachlasses verpflichtet bez. berechtigt sei. Vgl. im Allgemeinen Mühlenbruch S. 416 fg.,

Endlich kann auch von den Erbinteressenten selbst ein Testamentsvollstrecker aufgestellt werden; für denselben gelten die gewöhnlichen Vertragsgrundsätze[9].

[Nach BGB. wird der Testamentsvollstrecker normaler Weise in Beschränkung des Erben eingesetzt und zwar nicht nothwendig des Testamentserben, sondern möglicher Weise auch des gesetzlichen Erben. Der Vertragserbe ist einem vor dem Erbvertrage eingesetzten Vollstrecker nicht unterworfen und kann auch nicht nach dem Vertrage durch Einsetzung eines Vollstreckers beschränkt werden (2289 Abs. 1). Wohl aber ist möglich, daß in dem Erbvertrage selbst ein Testamentsvollstrecker zu Lasten des Vertragserben ernannt wird, freilich nicht im Wege einer vertragsmäßigen (2278 Abs. 2), sondern nur im Wege einer einseitigen Verfügung des Erblassers (2299 Abs. 1).

Neben dem dem Erben gesetzten Testamentsvollstrecker kommt ein solcher vor, welcher einem Vermächtnißnehmer gesetzt ist zum Vollzug der diesem auferlegten Beschwerungen (2223), sodann ein solcher, welcher einen Nacherben in Rechten und Pflichten vertritt (2222). Wir fassen zunächst (I–IX) nur den regelmäßigen Testamentsvollstrecker ins Auge.

I. Begründung des Amts des Testamentsvollstreckers.

1. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers erfolgt durch einseitige Verfügung von Todeswegen, Testament (2197 Abs. 1. 1937). Der Testator kann mehrere Testamentsvollstrecker ernennen (2197 Abs. 1). Er kann für den Fall des Wegfalls des Ersternannten vor oder nach der Annahme des Amts einen andern Testamentsvollstrecker ernennen (2197 Abs. 2).

Er kann (abweichend von dem dem § 2065 Abs. 2 zu Grunde liegenden Principe die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen (vgl. Prot. der II. Comm. S. 7032 fg.). Diese Bestimmung erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht (2198 Abs. 1, vgl.

Beseler Zeitschr. S. 186 fg. deutsch. Privatr. S. 676 fg. (4. Aufl.), Sintenis III S. 479 fg., Hinschius a. a. O. Jahrg. 1866 S. 785 fg. Jahrg. 1867 S. 518 fg., Stobbe V S. 270 fg., Sf. VI. 226, X. 271 Nr. 2, XII. 66, XVIII. 89, XX. 50 Nr. II (Stellung zur Erbschaft im Allgemeinen); III. 73, XI. 226, XV. 34, XX. 50 Nr. I, XXIV. 249, XXVIII. 37, XXXIX. 222, Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 240 fg. (Einziehung von Forderungen); XVIII. 89 (Zahlung von Schulden); XV. 142, XVIII. 89 [LII. 166] (Realisirung von Vermächtnissen; VI. 227 (Aufgabe von Ren); XXIII. 235, XXXIX. 223. [[XLVI. 269]] [RG. XXXII S. 152 fg.; dagegen Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 315 fg.] (Vertretung des testamentarischen Erbr. Dritten gegenüber). S. noch XII. 48. 66, XIII. 69, XIV. 102, XVI. 62, XX. 145. [Stüve zur Proceßlegitimation des Testamentsvollstreckers insbesondere gegenüber Ansprüchen der Intestaterben. Greifsw. Diss. 1897. Maeder die Rstellung des Testamentsexecutors, insbes. seine Activ- und Passivlegitimation in Nachlaßprocessen, mit specieller Berücksichtigung des BGB. Marb. Diss. 1897.]

[9] S. g. executor testamenti conventionalis oder pacticius. Vgl. l. 3 D. 34, 1. — Man spricht auch wohl von executores testamenti dativi, und versteht darunter die etwa von der Obrigkeit mit der Sorge für die Vollziehung des letzten Willens Beauftragten.

2228). Auf Antrag eines Betheiligten hat das Nachlaßgericht dem Dritten eine Frist zur Erklärung zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Bestimmungsrecht erlischt (2198 Abs. 2). Betheiligt ist der Erbe, sowie jeder letztwillig Bedachte; aber auch jeder andere Erbschaftsgläubiger und jeder Erbschaftsschuldner wegen der Verwaltungs- und Proceßführungsrechte des Testamentsvollstreckers. Erlischt das Bestimmungsrecht des Dritten, so wird, wenn der Erblasser nicht für diesen Fall anderweit Vorkehrung getroffen hat, Niemand Testamentsvollstrecker.

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines oder mehrerer Mitvollstrecker ermächtigen; diese Ernennung erfolgt ebenfalls durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht (2199 Abs. 1. 3). Das Ernennungsrecht kann nicht durch Fristsetzung nach § 2198 Abs. 2 präcludirt werden; es erlischt aber, wenn der vom Erblasser Ernannte aufhört, seinerseits Testamentsvollstrecker zu sein. Der vom Erblasser Ernannte ist zunächst allein als Testamentsvollstrecker legitimirt; erst wenn er sich einen Mitvollstrecker ernannt hat, greift § 2224 ein. Hat der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht nur ermächtigt, einen Mitvollstrecker zu ernennen, sondern ihm dies anbefohlen, so ist das dahin aufzufassen, daß der Erblasser die Testamentsvollstreckung durch zwei Vollstrecker angeordnet hat, von denen er einen selbst ernannt hat, während er die Auswahl des zweiten dem von ihm Ernannten überlassen hat. Dann ist im Zweifel der vom Erblasser Ernannte als Testamentsvollstrecker für sich allein nicht legitimirt, sondern nur in Gemeinschaft mit dem von ihm selbst zu Ernennenden (2224). Er vollzieht somit auch die Ernennung nicht als Testamentsvollstrecker, sondern als ein hierzu nach § 2198 Abs. 1 S. 1 berufener Dritter. Es kann also auch in unmittelbarer Anwendung des § 2198 Abs. 2 sein Recht, einen Mitvollstrecker zu ernennen, durch Fristsetzung präcludirt werden, und ist es präcludirt, so stellt sich der vom Erblasser Ernannte selbst als beseitigt dar, da ihm allein die Legitimation fehlt. Möglich ist freilich auch, daß der vom Erblasser Ernannte bis zur Ernennung des Mitvollstreckers allein als Testamentsvollstrecker legitimirt sein sollte (2224 Abs. 1 S. 3). Dann vollzieht er die Ernennung als Testamentsvollstrecker und kann sie vollziehen, so lange er Testamentsvollstrecker ist. Die Frage, ob er den Betheiligten (2219 Abs. 1) auf Schadensersatz haftet, wenn er die Ernennung eines Mitvollstreckers unterläßt und die Functionen eines Vollstreckers allein versieht, ist gegenstandslos, wenn der Vollstrecker bei seiner Amtsführung ein Verschulden begeht; denn dann haftet er, ohne daß es darauf ankommt, ob der eingetretene Schaden durch Zuziehung eines Mitvollstreckers vermieden worden wäre. Entsteht aber ein Schaden ohne Verschulden des Vollstreckers, d. h. ohne ein anderes Verschulden als die Nichternennung eines Mitvollstreckers, so muß zwar gesagt werden, daß der Vollstrecker haftet, wenn der Schaden durch pflichtmäßige Ernennung eines Mitvollstreckers vermieden worden wäre; der Beweis hierfür wird aber nur selten zu führen sein.

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines Nachfolgers ermächtigen. Die Ernennung geschieht wiederum durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht (2199 Abs. 2. 3, vgl. 2228). Eine Präclusion des Ernennungsrechtes durch Fristsetzung findet nicht statt; aber die

Ernennung kann nur vorgenommen werden, so lange der zur Ernennung Ermächtigte noch seinerseits Testamentsvollstrecker ist; denn nur als solcher ist er zu ihr ermächtigt. Ist es der Wille des Erblassers, daß der Testamentsvollstrecker auch nach Verlust seines Amtes einen andern Testamentsvollstrecker soll ernennen können, so liegt nicht ein Fall des § 2199 Abs. 2, sondern ein Fall des § 2198 vor; dann also ist auch § 2198 Abs. 2 anwendbar. Unterbleibt die Ernennung des Nachfolgers durch den dazu Ermächtigten, so tritt, wenn der Erblasser nicht für diesen Fall anderweit vorgesorgt hat, nach dem Wegfall des ersten ein zweiter Testamentsvollstrecker nicht ein. Hat der Erblasser den Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines Nachfolgers nicht nur ermächtigt, sondern ihm dieselbe befohlen, so verpflichtet dieß den Testamentsvollstrecker nach §§ 2203. 2216 Abs. 2 S. 1; er haftet also im Falle schuldhafter Unterlassung der Ernennung nach § 2219 auf Schadensersatz.

Der Erblasser kann endlich auch das Nachlaßgericht um Ernennung des Testamentsvollstreckers ersuchen; das Gericht kann dann die Ernennung vornehmen (2200), d. h. das Gericht hat nur eine durch pflichtmäßiges Ermessen bedingte Befugniß dazu (Prot. der II. Commiss. S. 7036), es muß nicht unter allen Umständen die Ernennung vornehmen. — Sofortige Beschwerde s. Ges. über die Angelegenheit. d. freiw. Gerichtsbarkeit § 81.

Jegliche Ernennung des Testamentsvollstreckers ist nichtig, wenn der Ernannte zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hätte, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, oder einen Gebrechlichkeitspfleger in Vermögensangelegenheiten erhalten hat (2201).

Zu der Ernennung muß die Annahmeerklärung des Ernannten hinzukommen, damit er zum Testamentsvollstrecker wird (2202 Abs. 1). Die Annahme ist freier Wille, auch, wenn das Nachlaßgericht die Ernennung vorgenommen hat. Im I. Entw. des EG. (Art. 90) war vorbehalten, daß die Landesgesetze Notare zur Uebernahme des Amts verpflichten können. Die II. Commission strich dieß als selbstverständlich (Prot. S. 8932 fg.) (vgl. übrigens Ges. üb. d. Angel. d. freiw. Ger. § 200 Abs. 1). Wird dem Ernannten vom Testator etwas hinterlassen, so kann ihm die Annahme des Amtes im Wege der Auflage zur Pflicht gemacht werden (vgl. Mot. V S. 221); auch kann die Zuwendung an ihn unter die Bedingung der Annahme des Amts gestellt werden. Annahme wie Ablehnung erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Die Erklärungen können erst nach dem Eintritt des Erbfalls und müssen unbedingt und unbefristet abgegeben werden (2202 Abs. 2, vgl. 2228). Ist die Ernennung selbst — was zulässig ist — bedingt erfolgt, so wird danach der Ernannte nicht unter der gleichen Bedingung, sondern er wird erst nach Eintritt der Bedingung unbedingt annehmen oder ablehnen können. Auf Antrag eines Betheiligten kann das Nachlaßgericht dem Ernannten eine Erklärungsfrist bestimmen, mit deren fruchtlosem Ablauf das Amt als abgelehnt gilt.

Auf Antrag erhält der Testamentsvollstrecker vom Nachlaßgericht ein Zeugniß über die Ernennung, welches nach Analogie des Erbscheins wirkt, aber mit Beendigung des Amts des Vollstreckers von selbst kraftlos wird (2368).

II. Die regelmäßige Machtstellung des Testamentsvollstreckers.

1. Der Vollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (2203). Hierbei ist aber zunächst nur an die dem Erben auferlegten Belastungen gedacht, wie namentlich aus § 2208 Abs. 2 und aus der späteren besonderen Vorschrift des § 2223 hervorgeht. Wie es sich gestaltet, wenn der Testamentsvollstrecker (auch oder nur) für die Vollziehung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen hat, darüber s. unten X.

2. Der Vollstrecker hat die Auseinandersetzung der Miterben zu bewirken, und zwar an sich nach den gesetzlichen Bestimmungen (2204); der Erblasser kann ihm aber ein billiges Ermessen einräumen (2048). Der Vollstrecker kann, da er Verfügungsrecht über den Nachlaß hat (2205), seinen Theilungsplan durch entsprechende dingliche Verfügungen zum Vollzug bringen.

3. Dem Vollstrecker steht die Verwaltung des Nachlasses zu; er hat insbesondere das Recht, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen jedoch ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (2205). Andernfalls sind unentgeltliche Verfügungen nichtig, auch der gutgläubige Erwerber findet keinen Schutz. Einzelne Gegenstände können aus dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers ausscheiden durch Ueberlassung seitens des Testamentsvollstreckers an den Erben gemäß § 2217 (vgl. unten VII, 4.).

Verbindlichkeiten für den Nachlaß kann der Testamentsvollstrecker eingehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist (2206 Abs. 1 S. 1). Die Meinung war dabei, daß es genügen solle, wenn der Gläubiger bei Begründung der Verbindlichkeit annehmen durfte, daß jene Voraussetzung vorliege (Prot. der II. Comm. S. 7515 fg.). Diese, im Gesetz freilich nicht zum Ausdruck gekommene Auffassung entspricht einer praktischen Nothwendigkeit. Ferner ist der Testamentsvollstrecker zur Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand dann befugt, wenn er zu der Verfügung selbst befugt ist, also auch dann, wenn die Handlung ordnungsmäßiger Verwaltung nicht entspricht (2206 Abs. 1 S. 2, vgl. 2205 S. 2). Zur unentgeltlichen Verfügung über einen Nachlaßgegenstand aber kann der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 S. 3. 2206 Abs. 1 S. 2 auch eine Verbindlichkeit nur begründen, wenn eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht es verlangt. Die von dem Testamentsvollstrecker für den Nachlaß gültig eingegangenen Verbindlichkeiten sind Nachlaßverbindlichkeiten, für welche der Erbe ebenso wie für andere Nachlaßverbindlichkeiten möglicherweise auch mit eigenem Vermögen aufzukommen hat (1967 fg.). Zur Vermeidung späteren Streites kann der Testamentsvollstrecker von dem Erben die Einwilligung zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten für den Nachlaß verlangen, zu deren Eingehung er nach § 2206 Abs. 1 berechtigt ist. Der Erbe übernimmt aber damit die Verbindlichkeiten nicht persönlich, sie bleiben Nachlaßverbindlichkeiten (2206 Abs. 2). Den Worten des Gesetzes nach ist der Erbe zur Einwilligung auch dann verpflichtet, wenn der Testamentsvollstrecker eine Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand eingehen will, welche ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht; denn die Befugniß des Testamentsvollstreckers zur

Eingehung der Verbindlichkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen. Da aber in solchem Falle der Testamentsvollstrecker sich schadensersatzpflichtig machen würde (2216. 2219), so kann die Einwilligungspflicht des Erben nicht anerkannt werden.

Ueber die Proceßführungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers s. unten V.

4. Ueber die rechtliche Natur der Stellung des Testamentsvollstreckers vgl. bes. Endemann III § 52, 3, Cosack II § 395, II, Frommhold zu § 2202 unter 1, Strohal § 40 S. 162 fg., Böhm § 57, III S. 177 fg., Meischeider letztwill. Verfügungen S. 459 fg., Oertmann ABR. XIV S. 382 fg., Brettner ABR. XVII S. 227 fg., Hellwig Anspruch u. Klagerecht (1900) S. 74 fg. 220 fg. Der Vollstrecker hat auf Grund letztwilliger Verfügung ein Amt (z. B. 2202. 2225), welches ihm ein eigenes Recht der Verwaltung an dem Nachlaß als einem zwar dem Erben gehörigen aber rechtlicher Sonderbehandlung unterliegenden Vermögen gibt. Man kann dieses Verwaltungsrecht am Nachlaß ohne Schaden ein Recht der Vertretung des Nachlasses nennen, gewinnt aber damit m. E. nichts. Vertreter des Erben ist der Vollstrecker nicht, trotzdem die Nachlaßverbindlichkeiten, die er contrahirt, möglicherweise auch auf das Privatvermögen des Erben fallen. Für diese Auffassung, freilich in verschiedenen Wendungen, auch Endemann § 52 zu [15 fg.], Strohal S. 164, Oertmann a. a. O., Hellwig a. a. O.

III. Abweichungen von der regelmäßigen Stellung des Vollstreckers.

1. Der Erblasser kann anordnen, daß der Vollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll. Zu einem Schenkungsversprechen ist er aber auch dann nur befugt, sofern sittliche oder Anstandspflicht es fordern (2207).

2. Sämmtliche der Regel zufolge dem Testamentsvollstrecker zustehende Rechte hat er nicht, sofern anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen (2208 Abs. 1 S. 1). Soll er nur einzelne Gegenstände verwalten, so hat er auch nur in Ansehung ihrer Besitz- und Verfügungsrecht (2208 Abs. 1 S. 2). Hat er nach dem Willen des Erblassers letzwillige Verfügungen nicht selbst zur Ausführung zu bringen, so hat er doch im Zweifel das Recht, ihre Ausführung von dem Erben zu verlangen (2208 Abs. 2).

3. Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm sonstige Aufgaben zuzuweisen; er kann auch anordnen, daß der Vollstrecker die Verwaltung fortzuführen hat nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben. Im Zweifel ist ein solcher Vollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß im Sinne des § 2207 unbeschränkt (2209). Man hat durch diese Bestimmungen dem Erblasser ermöglichen wollen, auf dem Wege der Anordnung einer Testamentsvollstreckerschaft die gleichen Zwecke zu verfolgen, wie diejenigen, denen die exheredatio bona mente dient, oder auch, dem Testamentsvollstrecker die Stellung eines Familienhauptes zu geben, so, wenn die Wittwe mit den Kindern zu Erben eingesetzt und zur Testamentsvollstreckerin ernannt sei (Prot. der II. Comm. S. 7131 fg.). Ein naheliegender weiterer Fall wird es auch sein, daß demjenigen, welchem der Nießbrauch am ganzen Vermögen vermacht ist,

zugleich die Stellung eines Testamentsvollstreckers verliehen wird. Entsprechend den bei der Nacherbeseinsetzung (2109) und bei dem Vermächtniß (2162. 2163) anerkannten Principien, wonach — kurz ausgedrückt, der Nachlaß vom Erblasser nur auf eine Generation soll gebunden werden können, ist aber auch hier bestimmt (2210), daß eine nach § 2209 getroffene Anordnung unwirksam wird, wenn seit dem Erbfall dreißig Jahre verstrichen sind. Jedoch kann der Erblasser anordnen, daß die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines andern Ereignisses in der Person eines von beiden fortdauern soll. Wenn aber der Erbe eine juristische Person ist, so gibt die dreißigjährige Frist die unüberschreitbare Grenze. Bis zum Tode des Erben oder einem andern Ereigniß in seiner Person kann die Verwaltung auch dann erstreckt werden, wenn der Erbe ein Nacherbe ist. Die zeitliche Beschränkung des Eintritts der Nacherbfolge (2109) gibt dann auch eine ausreichende Grenze für die Dauer der dem Testamentsvollstrecker nach § 2209 gewährten Verwaltungsbefugniß. Für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nicht über die Erledigung seiner sonstigen Aufgaben hinaus führen soll, gilt die der Verwaltung im § 2210 gesetzte Schranke nicht; die Zeitschranken für Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse geben von selbst eine gewisse Grenze für die Erledigung jener Aufgaben des Testamentsvollstreckers und damit auch für sein Verwaltungsrecht. In einem Punkte aber ist hier eine Lücke. Die Auflage unterliegt nicht gleichen Beschränkungen wie das Vermächtniß, und der Testamentsvollstrecker kann danach auch die zum Zwecke der Erfüllung einer Auflage nothwendige Verwaltung zeitlich unbegrenzt fortzuführen befugt sein. Doch kommt hier dem Erben § 2217 Abs. 2 zu Hülfe. Wegen der zeitlich unbeschränkten Möglichkeit der Auflage erkannte die zweite Commission auch an (und hielt ihren Satz gegenüber einem abweichenden Antrag aufrecht), daß der Erblasser dem Erben zeitlich unbeschränkt eine gültige Auflage machen könne dahin gehend, daß er die Verwaltung des Nachlasses (mittels unwiderruflicher Vollmacht) einem Andern zu überlassen, und sich seinerseits aller Verwaltungshandlungen zu enthalten habe; eine solche Auflage binde freilich den Erben nur obligatorisch, wirke nicht dinglich und insbesondere nicht den persönlichen Gläubigern des Erben gegenüber (vgl. 2214). Man hat gemeint, daß die Gefahr einer Umgehung der Grundsätze über die Zeitschranken der Testamentsvollstreckerschaft seitens des Erblassers auf dem Wege einer solchen Auflage nicht hoch anzuschlagen sei, und daß andererseits ein Bedürfniß nach einer derartigen Auflage bestehen könne (Prot. der II. Comm. S. 7132 fg. 7134). Ob nun in Wahrheit jene Auflage möglich ist, halte ich nach den bereits II S. 10 fg. angedeuteten Gesichtspunkten für recht zweifelhaft. Jedenfalls aber ist zu beachten, daß der Bevollmächtigte, welchen der Erbe auf Grund einer solchen Auflage sich gesetzt hat, keineswegs ein Testamentsvollstrecker ist. Dieß zeigt sich nicht nur praktisch an dem von der II. Commission berührten Punkte — Unanwendbarkeit des § 2214 — sondern auch in wichtigen anderen Beziehungen, insbesondere in der Unanwendbarkeit auch der §§ 2212. 2213, CPO. 327. Nur der Erbe kann vielmehr klagen und verklagt werden, wenn auch der Bevollmächtigte ihn vertreten kann. Gibt es eine unwiderrufliche Vollmacht, so gibt es doch keine, welche den Machtgeber vom eigenen Handeln ausschlösse. Der Erbe kann durch die Bestellung des Bevollmächtigten nicht auf die Befugniß zur Ver-

äußerung von Rechten verzichten, die zum Nachlaß gehören (137); er verliert im Processe nicht die Befugniß, die Handlungen des Bevollmächtigten durch seine eigenen zu paralysiren, und wenn er von allen diesen Befugnissen Gebrauch gemacht hat, so ist, wenn nicht der Erblasser zu legata poenae nomine relicta gegriffen hat, wohl niemand zu finden, der ihn deshalb belangen könnte. Der § 2196 wenigstens findet keine Grundlage der Anwendung.

IV. Stellung des Erben zum Nachlaß. Ueber einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand, also im Normalfalle über alle Nachlaßgegenstände, kann der Erbe nicht verfügen (2211). Es finden aber die Grundsätze zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung (2211 Abs. 2). Wenn also Jemand vom Erben eine bewegliche Sache erwirbt, so erwirbt er Eigenthum, es wäre denn, daß er wüßte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht wüßte (932 Abs. 2), daß die Verwaltung dem Testamentsvollstrecker zusteht. Ist der Erbe, nicht aber die Testamentsvollstreckerschaft im Grundbuch eingetragen (vgl. Grdb.-O. § 53), so erwirbt Derjenige vom Erben vollgültig, der nicht das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers kennt (892). In denjenigen Fällen dagegen, in denen der Erbe verfügen kann, ohne sich zuvor eintragen zu lassen (Grundb.-O § 41) ist Derjenige, zu dessen Gunsten der nicht eingetragene Erbe verfügt, wenn er das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nicht kennt, durch die Grundsätze über den Erwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs nicht gedeckt, da dasselbe eine Vermuthung der Legitimation des Erben nicht ergibt. Hier vielmehr ist der Dritte nur geschützt, wenn er auf Grund eines Erbscheins verhandelt hat, der die Testamentsvollstreckerschaft nicht ergibt (2366 fg.). Leistet ein Schuldner an den Erben, so ist er niemals durch § 2211 Abs. 2 gedeckt, sondern immer nur, wenn die zuletzt bezeichnete Voraussetzung für ihn zutrifft.

V. Proceßführung.

1. Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht, also im Normalfalle jedes Recht des Nachlasses kann nur vom Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden (2212). Das Urtheil wirkt Rechtskraft für und gegen den Erben (CPO. 327 Abs. 1); eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Erben erst nach Wegfall des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers, gegen ihn auch vorher ertheilt werden (CPO. 728 Abs. 2).

2. Ansprüche gegen den Nachlaß.

a. Im Allgemeinen können sie sowohl gegen den Erben als gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden (2213 Abs. 1 S. 1).

α. Der Erbe kann verklagt werden auf Leistung. Das ergehende Urtheil ist nicht rechtskräftig im Verhältniß zu dem der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstehenden Nachlaß; es ist in diesen nicht vollstreckbar, so lange das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers besteht (CPO. 748 Abs. 1). Ist aber dieses weggefallen, so steht es auch der Vollstreckung des Urtheils in den Nachlaß nicht mehr im Wege. Zur Wahrung der beschränkten Haftung des Erben bedarf es eines Vorbehalts im Urtheil (CPO. 780 Abs. 1).

β. Der Anspruch kann im vollen Umfange gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden. Das Urtheil genügt nicht nur zur Vollstreckung in den

Nachlaß (CPO. 748 Abs. 1), sondern ist auch rechtskräftig für und gegen den Erben (CPO. 327 Abs. 2), stellt aber die Verpflichtung gegen ihn nur als Nachlaßverbindlichkeit fest, nicht als persönliche des Erben. Zur Wahrung der beschränkten Haftung des Erben bedarf es keines Vorbehalts im Urtheil (CPO. 780 Abs. 2.). Denn da der Testamentsvollstrecker dem Erben die beschränkte Haftung rechtsgeschäftlich nicht nehmen kann, so ist es selbstverständlich, daß sie dem Erben auch durch Proceß gegen den Testamentsvollstrecker nicht verloren geht (Begründung zur Proceßnovelle [Reichstagsvorl.] zu § 695 S. 120 [Guttentag]. Steht aber aus anderen Gründen dem Erben beschränkte Haftung nicht zu, so ist das Urtheil auch in sein persönliches Vermögen vollstreckbar. Vollstreckbare Ausfertigung s. CPO. 728 Abs. 2. Die Vollstreckbarkeit in den Nachlaß und, soweit nicht die Sätze von der beschränkten Haftung dem Erben zu Hülfe kommen, auch in dessen sonstiges Vermögen, bleibt auch nach Aufhören des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers bestehen.

γ. Es ist möglich, den Anspruch gegen den Erben geltend zu machen und daneben den Testamentsvollstrecker zu verklagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß (2213 Abs. 3). Die Vollstreckung in den Nachlaß setzt nur die Verurtheilung des Testamentsvollstreckers voraus (CPO. 748 Abs. 1), und es wird sich nicht leugnen lassen, daß das Urtheil insoweit es sich um die Vollstreckung der Verbindlichkeit in den Nachlaß handelt, mit Rechtskraft- und Vollstreckungswirkung gegen den Erben auch dann ausgestattet bleibt, wenn das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers geendigt hat (vgl. CPO. 327 Abs. 2. 728 Abs. 2). Dagegen kann in dem hier in Rede stehenden Falle auf Grund des Urtheils gegen den Testamentsvollstrecker niemals das Privatvermögen des Erben angegriffen werden, auch nicht in den Fällen der unbeschränkten Haftung; hierzu kann nur das Urtheil gegen den Erben die Grundlage abgeben.

b. Wenn der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht der ganze Nachlaß untersteht, so ist der Anspruch stets gegen den Erben geltend zu machen (2213 Abs. 1 S. 2); hat aber der Vollstrecker einzelne Gegenstände zu verwalten, so kann daneben gegen ihn auf Duldung der Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände geklagt werden (2213 Abs. 3). Diese Zwangsvollstreckung ist dann aber nur zulässig auf Grund der Verurtheilung sowohl des Erben wie des Testamentsvollstreckers (CPO. 748 Abs. 2).

c. Für einen Pflichttheilsanspruch gelten die Sätze unter b auch dann, wenn der ganze Nachlaß der Verwaltung des Testamentsvollstreckers untersteht (2213 Abs. 1 S. 3. Abs. 3, CPO. 748 Abs. 3).

3. In allen Fällen der Belangung des Vollstreckers kommt § 1958 nicht zur Anwendung (2213 Abs. 2), die Klage kann also auch vor Annahme der Erbschaft erhoben werden.

4. Eine Klage auf Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines Erbrechts steht dem Testamentsvollstrecker nicht zu und kann gegen ihn nicht erhoben werden. Eine Klage auf Herausgabe des Nachlasses gegen ihn ist nicht Erbschaftsklage, sondern Klage auf Grund des Rechtsverhältnisses der Testamentsvollstreckerschaft (2218). Seinerseits kann er die Erbschaftsklage auf Herausgabe des Nachlasses gemäß §§ 2018 fg. dann erheben, wenn der ganze Nachlaß seiner Verwaltung

unterliegt; dieß gemäß § 2212, denn er macht mit solcher Klage die zum Nachlaß gehörigen Rechte geltend. Vgl. Hellwig Anspruch und Klagerecht S. 74 fg.

VI. Die Gläubiger des Erben, welche nicht Nachlaßgläubiger sind, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände halten, also normaler Weise überhaupt nicht an den Nachlaß (2214).

VII. Verpflichtungsverhältniß.

1. Der Testamentsvollstrecker hat ohne schuldhaftes Zögern nach der Annahme des Amtes ein Verzeichniß der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände, also normaler Weise des ganzen Nachlasses, sowie der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten dem Erben mitzutheilen und ihm die zur Aufnahme des Inventars (im Sinne des § 1993) sonst erforderliche Beihülfe zu leisten (2215; s. daselbst auch Genaueres über das Verzeichniß). Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker von diesen Verbindlichkeiten nicht befreien (2220).

2. Der Testamentsvollstrecker ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet (2216), selbstverständlich nur soweit, als sein Verwaltungsrecht reicht. Soweit die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung besteht, kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker davon nicht befreien (2220); er kann nur durch Beschränkung oder Ausschluß des Verwaltungsrechts die Verwaltungspflicht beschränken oder ausschließen.

Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügungen getroffen hat, sind von dem Testamentsvollstrecker zu befolgen. Sie können jedoch auf Antrag des Testamentsvollstreckers oder eines anderen Betheiligten (Erben, Vermächtnißnehmers, Auflageberechtigten, sonstigen Nachlaßgläubigers) von dem Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde (2216 Abs. 2; vgl. Ges. über die Angel. d. freiw. Gerichtsbark. § 19. 82). Wenn das Gesetz auch die Bestimmung des § 2216 Abs. 2 unter denen begreift, von denen der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht entbinden kann, so hat das nur den Sinn, daß der Erblasser verständiger Weise nicht dem Testamentsvollstrecker etwas anbefehlen und zugleich sagen kann, er brauche den Befehl nicht zu befolgen. Trifft aber wirklich beides zusammen, so kann der Testamentsvollstrecker an den Befehl nicht gebunden sein.

3. Der Vollstrecker ist zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen, welche auszuführen er das Recht hat, auch verpflichtet (2203). Hat er Verfügungen nicht selbst auszuführen, so legt ihm § 2208 Abs. 2 nur das Recht bei, die Ausführung von dem Erben zu verlangen. Nach dem ganzen Wesen des Amts des Vollstreckers ist er aber auch für verpflichtet dazu zu erachten.

4. Der Testamentsvollstrecker hat Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Mit der Ueberlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände (2217 Abs. 1) und zwar auch dann, wenn der Testamentsvollstrecker nur irrig annahm, er bedürfe derselben zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht. Mit dem Erlöschen des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers tritt das freie Verfügungsrecht des Erben von selbst ein (vgl. 2211). Wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf Vermächtnissen oder Auflagen beruhen, kann der Testamentsvollstrecker die Ueberlassung nicht verweigern, wenn der Erbe für die Berichtigung Sicherheit leistet. Das Entsprechende

gilt bei bedingten oder betagten Vermächtnissen und Auflagen (2217 Abs. 2). Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker von der nach § 2217 bestehenden Verpflichtung entbinden.

5. Im Uebrigen finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker Auftragsgrundsätze entsprechende Anwendung (2218 Abs. 1). Der Testamentsvollstrecker darf danach im Zweifel die Ausführung seiner Geschäfte nicht Dritten übertragen; inwieweit er Gehülfen zuziehen darf, bleibt Auslegungsfrage. Die Haftung für Substituten und Gehülfen gestaltet sich wie beim Auftrag (664). Deßgleichen richten sich nach Auftragsgrundsätzen die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zu Auskunft, Nachricht, Rechenschaft (666) — bei länger dauernder Verwaltung ist jährlich Rechnung zu legen (2218 Abs. 2) —, auch seine Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten (667) und zur Verzinsung von Geld, welches er für sich verwandt hat (668). Von allen danach bestehenden Pflichten kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht befreien (2220).

6. Der Testamentsvollstrecker haftet für jedes Verschulden (276) und zwar nicht nur dem Erben, sondern, soweit ein Vermächtniß zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnißnehmer (2219 Abs. 1); dieß gilt auch dann, wenn der Vollstrecker nur den Erben zur Vollziehung des Vermächtnisses anzuhalten hat (vgl. ob. 3); den Dritten dagegen, welche die Vollziehung einer Auflage verlangen können (2194), haftet er nicht. Der Erblasser kann die Haftung des Vollstreckers nicht erleichtern (2220), also nicht auf diejenige für grobes Verschulden herabsetzen.

7. Der Testamentsvollstrecker hat Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen nach Auftragsgrundsätzen (2218 Abs. 1. 670) und auf eine angemessene Vergütung, soweit nicht der Erblasser ein Anderes angeordnet hat (2221). Der Erblasser kann danach die Vergütung versagen (der Testamentsvollstrecker ist ja nicht verpflichtet, das Amt zu übernehmen), oder statt ihrer ein Vermächtniß aussetzen, oder sie dergestalt fixiren, daß nach der angemessenen Vergütung nicht weiter zu fragen ist. Der Testamentsvollstrecker ist in Bezug auf Ersatz seiner Verwendungen wie in Bezug auf die Vergütung Nachlaßgläubiger, nicht Gläubiger des Erben. Einen Anspruch auf Vorschuß wie beim Auftrage (669) hat er nicht; er kann normaler Weise seine Ansprüche als Verwalter aus dem Nachlaß selbst befriedigen (181). Fehlt ihm eine dazu ausreichende Verwaltungsbefugniß, so kann er die Nothwendigkeit von Auslagen durch Ablehnung oder Kündigung des Amtes (2226) vermeiden.

VIII. Mehrere Testamentsvollstrecker führen im Zweifel das Amt gemeinschaftlich, dergestalt, daß zu jeder Handlung an und für sich Uebereinstimmung Aller erforderlich ist; bei einer Meinungsverschiedenheit aber kann das Nachlaßgericht zu Gunsten einer der vertretenen Ansichten entscheiden (2224 Abs. 1 S. 1). Entscheidet es für eine Handlung, so ist der Widerspruch einzelner Vollstrecker gegen dieselbe wirkungslos. Der Erblasser kann abweichende Anordnungen treffen (2224 Abs. 1 S. 3), also z. B. anordnen, daß die Vollstrecker nach Mehrheit beschließen, oder daß Jeder einen Geschäftszweig unabhängig von den Andern zu verwesen hat. Diejenigen Maßregeln, welche zur Erhaltung eines der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Gegenstandes nothwendig sind, kann Jeder ohne Zustimmung der Uebrigen treffen. Hieran kann der Erblasser nichts ändern;

er kann nur die Voraussetzung der Vorschrift fernhalten, indem er einen Gegenstand von der gemeinschaftlichen Verwaltung ausschließt.

Mehrere Testamentsvollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesammtschuldner (2219 Abs. 2) und zwar ohne daß der Erblasser dieß ändern könnte (2220). Dieß gilt auch dann, wenn das Verschulden des Einen nur in Verletzung einer Pflicht zur Aufsicht über den Andern besteht. Das Verhältniß der mehreren Schuldigen unter sich bemißt sich nach § 426.

Fällt einer der Vollstrecker fort, so führen die übrigen das Amt allein, wenn nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat (2224 Abs. 1 S. 2. 3). Diese Bestimmung kann dahin gehen, daß mit dem Wegfall des Einen das Amt auch der Uebrigen erlöschen soll oder dahin, daß sie nur in Gemeinschaft mit einem Nachfolger des Weggefallenen weiterhin legitimirt sein sollen.

IX. Ende des Amts. Das Amt des Testamentsvollstreckers endet

1. wenn er stirbt (2225). Jedoch hat sein Erbe seinen Tod unverzüglich dem Erben anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung der Verrichtungen des Testamentsvollstreckers fortzusetzen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann. Die Testamentsvollstreckerschaft gilt insoweit als fortbestehend (2218 Abs. 1. 673 S. 2).

2. Wenn der Testamentsvollstrecker geschäftsunfähig wird (wenn auch nicht durch Entmündigung [vgl. 104, 2], wenn er entmündigt wird, auch wenn die Entmündigung nur Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat), wenn er unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird (vgl. 1906. 114), wenn er einen Gebrechlichkeitspfleger in Vermögensangelegenheiten erhält (2225. 2201).

3. Wenn der Testamentsvollstrecker kündigt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (2226, vgl. 2228). Er kann auf das Kündigungsrecht verzichten; der Verzicht ist aber gegenüber einem wichtigen Kündigungsgrunde unwirksam. Dieß ergibt § 2226 S. 3 in Verb. mit § 671 Abs. 3, und mir scheint solches Ergebniß haltbar, trotzdem Brettner S. 219, Meischeider S. 474 es auf verschiedenen Wegen zu beseitigen suchen. Der Testamentsvollstrecker darf nur aus wichtigem Grunde zur Unzeit kündigen; anderen Falls ist er dem Erben, und sofern ein Vermächtniß zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnißnehmer schadensersatzpflichtig (2226. 671 Abs. 2. 3. 2219).

4. Der Testamentsvollstrecker kann aus wichtigem Grunde auf Antrag eines Betheiligten vom Nachlaßgericht entlassen werden, insbesondere wegen grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (2227, vgl. Ges. üb. d. Angel. d. freiw. Ger. § 81).

5. Das Amt des Testamentsvollstreckers endigt mit der Erledigung der Aufgaben, die der Erblasser ihm zugewiesen hat; ferner mit Eintritt auflösender Bedingung oder des gesetzten Endtermines; schließlich kann es nach § 2210 endigen in Folge Eintritts der gesetzlichen Zeitschranke.

6. Erlischt das Amt, so gilt es zu Gunsten des Testamentsvollstreckers gleichwohl als fortbestehend, bis er das Erlöschen kennt, oder kennen muß. Hierauf kann sich aber ein Dritter nicht berufen, der seinerseits das Erlöschen kennt oder kennen muß (2218. 674. 169). Der § 674 macht im Gebiete des Auftrags von diesen Vorschriften eine Ausnahme für den Fall, daß der Auftrag

durch Widerruf seitens des Auftraggebers (vgl. 671 Abs. 1) erlischt. Diese Ausnahme kann bei dem Testamentsvollstrecker eine entsprechende Anwendung natürlich nicht finden.

X. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser für die Erfüllung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen sorge (2223). Im I. Entw. § 1910 war bestimmt, daß, wenn in Ansehung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen ein Testamentsvollstrecker ernannt sei, die Vorschriften über den dem Erben gesetzten Testamentsvollstrecker entsprechende Anwendung finden sollen. Die II. Commission (Prot. S. 7150) hielt einem Streichungsantrage gegenüber den § 1910 für unentbehrlich, weil die vorangehenden Bestimmungen immer den Fall voraussetzten, daß der Testamentsvollstrecker zur Ausführung der dem Erben auferlegten Beschwerungen eingesetzt sei, und man sich bei Streichung der Vorschrift des § 1910 auf die Analogie nicht verlassen könne. Nun ist aber aus der II. Commission die Vorschrift in einer Fassung hervorgegangen, welche gerade die Sanction der analogen Anwendung der Vorschriften über den dem Erben gesetzten Testamentsvollstrecker auf den dem Vermächtnißnehmer gesetzten vermissen läßt und sich nur auf die Anerkennung der Möglichkeit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers der letzteren Art beschränkt. Dennoch ist jene analoge Anwendbarkeit nicht zu bezweifeln, freilich ihre Durchführung keineswegs einfach. Zunächst ist es möglich, daß ein und derselbe Vollstrecker sowohl dem Erben wie dem beschwerten Vermächtnißnehmer gesetzt ist, und es ergibt möglicher Weise die Auslegung des Testaments auch ohne besondere Anordnung, daß der in demselben ernannte Vollstrecker beide Functionen versehen soll. Dann bemißt sich die Stellung des Vollstreckers ganz nach dem oben Gesagten, nur mit der Maßgabe, daß der Vollstrecker außer den bereits bekannten Functionen auch diejenige hat, für die Ausführung der dem Vermächtnißnehmer obliegenden Beschwerungen zu sorgen. Er ist dann nicht nur dem beschwerten Vermächtnißnehmer verantwortlich, sondern auch dem auf diesen angewiesenen weiteren Vermächtnißnehmer (2219 Abs. 1). Die Möglichkeit, das weitere Vermächtniß oder eine Auflage unmittelbar zu erfüllen, hat er kraft seiner allgemeinen Verfügungsrechte am Nachlaß, und der beschwerte Vermächtnißnehmer muß zufrieden sein, das ihm Zugewandte nach solcher Erfüllung zu erhalten; er wird aber gemäß § 2217, wenn das weitere Vermächtniß oder die Auflage bedingt oder betagt ist, auch die Auslieferung des ihm Zugewandten gegen Sicherheitsleistung verlangen können. Soll der Testamentsvollstrecker die weitere Beschwerung nicht selbst vollziehen, so hat er gemäß § 2208 Abs. 2 die Befugniß, die Vollziehung von dem Vermächtnißnehmer zu verlangen. Hat er nicht einmal diese Befugniß, so ist er überhaupt kein dem Vermächtnißnehmer gesetzter Testamentsvollstrecker.

Eine zweite Möglichkeit ist, daß der Testamentsvollstrecker zwar seinem Hauptzwecke nach dazu da ist, für die Vollziehung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen, nach dem Willen des Erblassers aber auch dem Erben insoweit gesetzt sein soll, als dieß zu jenem Zwecke erforderlich ist. Er kann z. B., wenn dem beschwerten Vermächtnißnehmer ein bestimmter Nachlaßgegenstand vermacht ist, nach dem Willen des Erblassers Verwaltungs- und Verfügungsrecht daran haben, um kraft dieser Stellung es verhindern zu können,

daß der Gegenstand ohne Erfüllung der Beschwerungen oder Sicherheit dafür in die Hände des beschwerten Vermächtnißnehmers gelangt.

Ist der Testamentsvollstrecker dagegen wirklich in keiner Weise mit Befugnissen ausgerüstet, die dem Erben gegenüber wirksam sind, so fehlt ihm jedes Recht an den Nachlaßgegenständen, und er kann dann auch dagegen nichts ausrichten, daß der Erbe dem beschwerten Vermächtnißnehmer das ihm Zugewandte zu freier Verfügung ausliefert. Er kann dann nichts weiter thun, als im Sinne des § 2208 Abs. 2 den Vermächtnißnehmer zur Erfüllung der Beschwerungen anhalten. Wenn die Beschwerung nicht mit Nachlaßgegenständen zu erfüllen, wenn z. B. Geld zu zahlen ist, so kann der Vollstrecker auch die Erfüllung vornehmen und von dem Beschwerten Ersatz der Auslagen fordern.

XI. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt (2222). Verantwortlich wegen Verschuldens muß ein solcher Testamentsvollstrecker, soweit er Rechte des Nacherben auszuüben hat, diesem, soweit er Pflichten desselben zu erfüllen hat, dem Vorerben sein. Er beschränkt nicht den Vorerben; denn dieser wäre ohne den Testamentsvollstrecker durch die Anordnung der Nacherbfolge ebenso beschränkt. Er beschränkt vielmehr den Nacherben.]

G. Gemeinschaftliches und wechselseitiges Testament*.

§ 568.

Der Ausdruck gemeinschaftliches Testament ist nicht genau; was man gemeinschaftliches Testament nennt, ist nicht Ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten Mehrerer, gewöhnlich

* Ueber diese Lehre ist namentlich zu vergleichen die Schrift von G. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten S. 85—179 (1860). S. ferner Hasse Rhein. Mus. III S. 239 fg. 490 fg. (1829). Glück XXXV S. 50 fg. (1832). Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 214 fg. (1835). Beseler die Lehre von den Erbverträgen II. 1 § 13 (1835). Deiters de dispositionibus hereditariis simultaneis (1837). Bolley Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute (1846). Buchka ZS. f. deutsches R. XII S. 212 fg. (1848). Strippelmann Entscheidungen ꝛc. VI S. 490 fg. (1850). Zimmermann APraktRW. I. Heft 3 S. 12 fg. (1852). Heimbach im RLex. X S. 889 fg. (1858). André Magaz. f. Hannoversches R. IX S. 19 fg. (1859). Göz ACPra. LIV S. 145 fg. (1871). Heinzerling APraktRW. N. F. X S. 253 fg. 337 fg. (1875). Sintenis III § 178, Unger § 21. 24. Holzschuher II § 156. Beseler § 147 (3. Aufl. § 142). Stobbe V § 307. [[Fischer zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute ABR. VI S. 34 fg. (1892).]] [Vitali del testamento collettivo, Festschr. für Schupfer III S. 455 fg. (1898). Löwenwald die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rsysteme. Berlin 1899. Rüger sächs. Arch. f. bürg. R. u. Pr. IX S. 430 fg. (1899). Alffers das gemeinschaftliche Testament nach gem. Re und dem Re des BGB. Greifsw. Diss. 1899. Meischeider letztwill. Verfügungen S. 540 fg. (1900).]

Zweier, in demselben Testamentsacte[1]. Das gemeinschaftliche Testament findet seine Hauptanwendung bei Ehegatten und in der Weise, daß die mehreren Erblasser sich gegenseitig zu Erben einsetzen (gegenseitiges oder wechselseitiges Testament); die Behauptung aber, daß das gemeinschaftliche Testament nur unter diesen beiden Voraussetzungen, oder nur unter der einen oder der andern dieser beiden Voraussetzungen, gültig sei, ist nicht gerechtfertigt[2]. Im Fall der gegenseitigen Erbeseinsetzung können die mehreren Erblasser zugleich auf das Widerrufsrecht verzichten; dann liegen nicht sowohl Testamente vor, als Erbverträge[3]. Wenn auf den Widerruf nicht verzichtet ist, so kann es doch im Sinne der Erblasser liegen, daß ihre

---

§ 568. [1] Genau genommen ist das gemeinschaftliche Testament nothwendigerweise ein schriftliches. Wenn Mehrere zu gleicher Zeit, d. h. der Eine unmittelbar nach dem Andern, vor denselben Zeugen mündlich testiren, so grenzen zwar die mehreren Testamentsacte zeitlich aneinander, aber bleiben doch immerhin zeitlich getrennt.

[2] Die ältere gemeinrliche Doctrin erkannte die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes ohne alle Beschränkung an, Hartmann S. 110 fg.; in der neueren Zeit aber ist namentlich die Ansicht sehr verbreitet, daß das gemeinschaftliche Testament nur als gegenseitiges Testament gültig sei. Mühlenbruch a. a. O. S. 215 fg. 7 [4], Puchta § 481 u. Vorl. dazu, Sintenis a. a. O. Anm. 1, Brinz 1. Aufl. S. 764. 2. Aufl. II S. 65. 66, Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Dawider Hartmann S. 92 fg., welchem folgen Arndts in der 5. Aufl. § 500 [1], Unger a. a. O. [2], Göz S. 145 fg., Heinzerling S. 256. 258, Stobbe § 307 [2]. Man hat gegen die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes von jeher hauptsächlich den Mangel der Einheit des Errichtungsactes (§ 541 [7]) geltend gemacht, und in der That läßt sich nicht leugnen, daß dieses Erforderniß für das ersterrichtete der beiden Testamente nicht vollständig gewahrt ist; wenn auch beide Testatoren gleichzeitig unterschreiben, oder durch eigenhändiges Schreiben des Contextes ihre Unterschrift ersetzen (§ 541 [8]), so schiebt sich doch immerhin zwischen die Testamentserklärung des Ersten und die Unterschrift der Zeugen die Testamentserklärung des Zweiten hinein, was Hartmann S. 94. 95 nicht beachtet. Allein auch abgesehen davon, daß dieses Hinderniß für das gerichtliche Testament und das testamentum parentum inter liberos nicht besteht, ist es nicht nur an und für sich höchst zweifelhaft, ob eine Unterbrechung dieser Art im Sinne des r. R. wirklich für eine Unterbrechung der unitas actus angesehen werden darf (vgl. § 541 [8]), sondern es wird auch das Gegentheil geradezu dadurch dargethan, daß ein gemeinschaftliches Testament durch eine Constitution Valentinian's III. vom Jahre 446 (Nov. Valent. III. tit. XX. 1) ausdrücklich anerkannt worden ist. S. Hartmann S. 99 fg., auch Schmidt das formelle R. der Notherben S. 189 [86]. [Fischer S. 59 fg.] Sf. XVI. 123, XXII. 155 (Budde und Schmidt Entsch. des OAG. zu Rostock VI S. 275 fg.), XXIII. 197, XXV. 140, XXXI. 46, XLII. 308.

[3] S. § 564 [5]. Hartmann S. 116 fg., Göz S. 155, Heinzerling S. 259 fg. Sf. VI. 221, IX. 180, XI. 57, XVI. 123.

Testamente in gegenseitiger Abhängigkeit von einander stehen sollen (s. g. correspectives Testament), und im Zweifel ist dieß allerdings als ihr Wille anzusehen[4]; dann bewirkt die Ungültigkeit des einen Testaments auch die des anderen und durch den Widerruf des einen Testamentes verliert auch das andere seinen Bestand, und das Gleiche gilt, wenn das eine der Testamente in anderer Weise, namentlich durch Geburt eines Notherben[4a] seine Gültigkeit verliert[5]. Ist in

[4] Dieß ist für das wechselseitige Testament überhaupt, oder doch für das wechselseitige Testament der Ehegatten, oder doch für dasjenige wechselseitige Testament, in welchem zugleich über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden verfügt ist, die herrschende Meinung. Hasse S. 269. 245, Glück S. 62 fg., Mühlenbruch S. 227, Puchta § 481, Sintenis § 178 [4], Holzschuher § 156 [2], Göz S. 157, A. M. Hartmann S. 134 fg. (vgl. [5]), Heinzerling S. 266 fg., Stobbe Note [24. 25]. Umgekehrt ist Brinz der Ansicht, daß die Correspectivität „nicht bloß zu vermuthen ist", daß sie „den gemeinschaftlichen Testamenten wesentlich" sei (1. Aufl. S. 765, 2. Aufl. III S. 66). Vgl. Sf. I. 93, IV. 63, VI. 221, VII. 200, IX. 180, X. 184, XII. 172, XIX. 164, XXXIV. 312 (Entscheid. des OAG. zu Rostock VIII S. 238), XL. 29 (Mecklenb. ZS. III S. 342 fg.). [[XLV. 257. 258.]] [XLVIII. 96].

[4a] Sf. XL. 29.

[5] Die juristische Kategorie, welche hier zur Anwendung kommt, ist nicht, wie die herrschende Meinung annimmt (vgl. Hartmann S. 129 [1], ebenso Göz a. a. O., Heinzerling a. a. O., Sf. XIX. 164 a. E.), die Kategorie der Bedingung, weder die der aufschiebenden noch die der auflösenden Bedingung, sondern die Kategorie der Voraussetzung (§ 556); jedes Testament ist unter der Voraussetzung errichtet, daß das andere Testament seinen Bestand behalte (oder, wenn es ihn verloren habe, wieder gewinne). Fällt daher das eine Testament weg, so verliert das andere nicht direct seine Wirksamkeit, sondern kann zurückgenommen werden. Dieß ist nun zwar für den Erblasser nichts Besonderes, da er ohnehin ein freies Widerrufsr. hat; aber es gestaltet sich zu einem besonderen R. in der Person desjenigen, welcher in Ermangelung jenes Testamentes sein Erbe gewesen sein würde und welcher nun behaupten kann, daß der Eingesetzte die Erbschaft ohne den eigentlichen Willen des Erblassers, also in ungerechtfertigter Weise (sine causa), habe. Hierbei ist jedoch erforderlich, daß der Erblasser den Wegfall des andern Testamentes bei seinen Lebzeiten nicht in Erfahrung gebracht habe; denn ist dieß der Fall, und hat er trotzdem sein Testament nicht geändert, so liegt darin eine Bestätigung seines Testamentes, welche seinen Erben die Möglichkeit entzieht, die Ermangelung der Voraussetzung geltend zu machen (nach der Analogie des für die Schenkung zwischen Ehegatten Geltenden). — Ganz abweichender Ansicht ist Hartmann S. 128 fg. Dieser Schriftsteller will dem Wegfall des einen Testamentes auf den Bestand des anderen gar keinen Einfluß einräumen, und zwar deßwegen, weil, wenn man annehmen wolle, daß jede Erbeseinsetzung von dem Bestande der anderen abhängig gemacht worden sei ([4]), eine jede wegen des Verbotes captatorischer Verfügungen (§ 548 [18]) ungültig sein würde. Ich halte diese Argumentation nicht für zutreffend. Das Verbot captatorischer Verfügungen ist gerichtet gegen Erbschleicherei, oder doch

einem solchen Testament zugleich eine Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden getroffen, so wird die Verfügung des Erstverstorbenen trotz des Wegfalls des Testamentes des Ueberlebenden, soweit das Vermögen des Erstverstorbenen reicht[6], indirect durch Verwandelung in ein Erbschaftsvermächtniß aufrecht erhalten[7].

[Nach BGB. kann ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden (2265, vgl. zu [2]); dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Ehegatten einander in dem gemeinschaftlichen Testament bedenken (vgl. zu [3]).

1. In Bezug auf die Formen gibt das BGB. zwei besondere Vorschriften: das Testament vor dem Ortsvorsteher gemäß § 2249 kann errichtet

---

gegen den Versuch, mit seinen letztwilligen Verfügungen ein Geschäft zu machen: davon kann hier keine Rede sein. L. [71] 70 D. 28, 5. „Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis". Hätte Hartmann, statt wie er thut mit der Kategorie der Bedingung, mit der Kategorie der Voraussetzung operirt, so würde er wohl daran nicht gezweifelt haben, daß diese Stelle auf unsern Fall wie berechnet ist. S. auch Nov. Val. III. tit. XX. c. 1 § 3: — quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et similis religio testamenta condentium . .". — Dernburg III § 97 [8] bemerkt, ich habe für die Kategorie der Voraussetzung keinen Beweis angetreten, während er selbst die Kategorie der Bedingung als selbstverständlich behandelt.

[6] Es wird nicht aufrecht erhalten die Verfügung über das eigene Vermögen des Erstverstorbenen; denn eine solche Verfügung hat derselbe nicht getroffen. Sondern es wird eben aufrecht erhalten die Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen, soweit das eigene Vermögen reicht; denn auch über das eigene Vermögen des Erben kann bis zum Betrage des ihm Zugewendeten verfügt werden (§ 1 I. 2, 24, l. 114 § 3 i. f. D. 30).

[7] Entweder nach der Regel des § 561 [3] oder nach l. 76 [74] pr. D. 36, 1, wo die Auflage: ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι (hier: du sollst die Eingesetzten aus deinem Testamente erben lassen, deßwegen dir auch keine Notherben erzeugen), als Fideicommiß interpretirt wird. Aber das Vermächtniß reicht nicht weiter, als das Vermögen, welches der Vermachende dem Belasteten zugewendet hat, und daher behält der Ueberlebende im Uebrigen freie Disposition. Das Gegentheil ist vielfach behauptet worden (so unter den Neueren von Glück S. 68 fg., Mühlenbruch S. 232 fg., Strippelmann S. 495, Buchka a. a. O., s. auch Stobbe S. 257 fg.), aber unconstruirbar. Vgl. Hartmann S. 148—169, Göz S. 161 fg., Heinzerling S. 277 fg. Doch ist die Praxis überwiegend dafür. Sf. I. 93. 94, II. 72. 204, IV. 64, VI. 221, IX. 180, X. 184, XI. 57, XV. 140, XVI. 123, XX. 232, XXXII. 326, XLI. 196, Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII. Nr. 67 (= Sf. XXIV. 312), RG. VI S. 174 [[Sf. XLV. 258, XLVI. 103]]; dawider Sf. II. 72 zweite Hälfte, vgl. III. 81, vgl. auch RG. 25/10 84 bei Sf. XL. 121. Andere nehmen auch für diesen Fall an, daß das Testament des Erstverstorbenen rückwärts seine Wirksamkeit verliere. So Hasse S. 269—271, Deiters § 9 p. 7 sqq., Zimmermann S. 28 a. E., Puchta § 481, Arndts § 501, Sintenis § 178 [6].

werden, wenn bei einem Ehegatten die Todesbesorgniß gehegt wird (2266). Zur Errichtung des eigenhändigen Privattestamentes genügt es, daß einer der Ehegatten das Testament eigenhändig errichtet und der andere die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle und zwar durch eigenhändige Niederschrift und Unterschrift unter Angabe des Ortes und des Tages. (2267). Daß diese Möglichkeit die einzige sei (Prot. der II. Comm. S. 7342) kann nach Lage des Gesetzes nicht anerkannt werden. Das Gesetz rechnet offenbar auch mit anderen Möglichkeiten. Der zweite Gatte kann den vollen Inhalt des Testamentes eigenhändig wiederholen; es kann auch jeder Gatte eigenhändige Verfügungen von selbständigem Inhalt treffen und dabei sein Testament als gemeinschaftlich mit dem des anderen bezeichnen (vgl. Frommhold zu § 2267 unter 3).

2. Die Abhängigkeit des gemeinschaftlichen Testaments von der Ehe gestaltet sich näher dahin. Ist die Ehe nichtig (die anfechtbare angefochten [1343]), so ist das gemeinschaftliche Testament seinem ganzen Inhalt nach (nicht nur, soweit die Gatten einander bedacht haben) unwirksam, weil es an der gesetzlichen Vorbedingung des gemeinschaftlichen Testamentes fehlt. (2268 Abs. 1, vgl. 2077). Es ist nicht erforderlich, daß die Ehe für nichtig erklärt worden ist, um die Unwirksamkeit des Testamentes geltend zu machen. Denn diese kommt erst nach dem Tode eines Gatten zur Sprache, und dann kann die

Göz S. 173 fg. glaubt umgekehrt, daß in diesem Fall das Testament gar nicht zur Wirksamkeit gelange, indem er nämlich die stillschweigende Bedingung desselben (Note [5] z. A.) auch auf die Nichtänderung der zu Gunsten der Dritten getroffenen Verfügungen erstreckt. Heinzerling S. 263. 281 betont mit Recht, daß es quaestio facti sei, ob der Erblasser die Correspectivität auch auf die zu Gunsten Dritter getroffenen Verfügungen erstreckt habe. — Wie aber, wenn, was sehr gewöhnlich ist, die Bestimmung des wechselseitigen Testamentes dahin geht, daß nach dem Tode des Längstlebenden das gemeinschaftliche Vermögen zum Theil an die Verwandten des einen Testators, zum Theil an die des andern fallen solle: ist dann bei Wegfall des Testamentes des Längstlebenden von den Erben desselben das Vermögen des Verstorbenen den beiderseitigen Verwandten, oder nur den Verwandten des Verstorbenen herauszugeben? Dessen erklärter Wille geht auf die beiderseitigen Verwandten; kann aber nachgewiesen werden, daß er (was keineswegs nothwendig ist) die Erben des Mittestators nur deßwegen bedacht hat, weil dieser die seinigen bedacht hat, so läßt sich auch hier mit der Kategorie der Voraussetzung der eigentliche Wille des Erblassers zur Geltung bringen; die Verwandten des Mittestators haben, was aus dem Vermögen des Verstorbenen als Fideicommiß an sie fällt, ohne rechtfertigenden Grund, und müssen es daher denjenigen herausgeben, welche es gehabt haben würden, wenn sie nicht bedacht worden wären. — Sind dem Ueberlebenden Veräußerungen unter Lebenden gestattet? Im Zweifel nach der Willensmeinung der Testatoren allerdings. — Vgl. noch Sf. XXVIII. 143. Vgl. auch RG. XXV S. 138. [Sf. XLVII. 277, XLVIII. 96. 97, L. 96, LIV. 31, RG. XXVII S. 148 fg. XXXI S. 238 fg., XXXVIII S. 214 fg. Putsch über die Zulässigkeit der einseitigen Abänderung gemeinschaftlicher Testamente. Erl. Diss. 1895, Regula über den einseitigen Widerruf correspectiver Testamente. Gött. Diss. 1896, Coppel correspectives Testament und Erbvertrag. Erl. Diss. 1896 (bes. S. 12 fg.), Mühlenpfordt die Widerruflichkeit correspectiver Testamente. Erl. Diss. 1896.]

Nichtigkeit der Ehe unbeschränkt auch ohne Nichtigkeitserklärung geltend gemacht werden (1329, vgl. 1343 Abs. 2).

Wird die Ehe vor dem Tode eines der Gatten aufgelöst, so hat es dem Testament zur Zeit seiner Errichtung an der gesetzlichen Vorbedingung, der Ehe zwischen den beiden Erblassern, nicht gefehlt, und das Gesetz verlangt den Fortbestand dieser Ehe als gesetzliche Bedingung der Fortgeltung des Testamentes nicht. Vielmehr bleiben die Verfügungen des Testamentes insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Auflösung der Ehe getroffen sein würden. Nur im Zweifel werden sie bei Eintritt jenes Falles unwirksam; dieß aber gilt nicht nur, wie bei dem Einzeltestament in Ansehung der Verfügungen eines Gatten zu Gunsten des andern (2077), sondern in Bezug auf alle Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes (2268 Abs. 2, vgl. Prot. der II. Comm. S. 7374 fg.). Dasselbe gilt, wenn die Ehe zwar durch den Tod eines Gatten aufgelöst wird, dieser aber wegen Verschuldens des anderen auf Scheidung zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder die wahlweise daneben stehende Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte (2268 Abs. 2. 2077 Abs. 1 S. 2).

3. Verfügungen für den Fall des Todes des Ueberlebenden. Wenn die Gatten sich gegenseitig als Erben eingesetzt und bestimmt haben, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so entsteht die Frage, ob dieser Dritte mit Rücksicht auf den Nachlaß des Erstverstorbenen Nacherbe ist, sodaß der Ueberlebende den Beschränkungen eines Vorerben unterworfen ist (2112 fg.), oder ob vielmehr der Ueberlebende völlig freie Stellung haben, und der Dritte ausschließlich Erbe des Ueberlebenden sein soll, sodaß er in dem Nachlaß des Ueberlebenden zwar vorfindet, was vom Nachlaß des Vorverstorbenen noch da ist, aber keinen Anspruch darauf hat, daß noch etwas da sein müsse. Das Gesetz entscheidet im Zweifelsfalle zu Gunsten des überlebenden Gatten im letzteren Sinne (2269 Abs. 1). Danach genügt es im Zweifel auch nicht, daß der Dritte den Tod des vorverstorbenen Ehegatten erlebt (2108 Abs. 2), sondern er muß denjenigen des Letztversterbenden erleben. — Ist in einem Testament, in welchem die Gatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ein Vermächtniß zu Gunsten eines Dritten ausgesetzt, welches nach dem Tode des Ueberlebenden erfüllt werden soll, so wird entsprechend dem zuvor Gesagten im Zweifel angenommen, daß der Anfall erst mit dem Tode des Ueberlebenden erfolgen soll (2269, vgl. 2176), diesen also der Vermächtnißnehmer erleben muß. Folgerichtig wird auch dann, wenn die Ehegatten einander ein Vermächtniß ausgesetzt und für den Fall des Todes des Längstlebenden einem Dritten ein Vermächtniß zugewandt haben, dieß im Zweifel nicht ein Nachvermächtniß aus dem Nachlaß des Vorverstorbenen (vgl. 2191), sondern ein Vermächtniß aus dem Nachlaß des Letztversterbenden sein.

4. Correspectiv können sein Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, nicht andere Verfügungen, wie Ernennung von Testamentsvollstreckern, Benennung von Vormündern. Correspectiv sind Verfügungen beider Gatten, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde. Im Zweifel wird dieß angenommen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, oder wenn der eine den andern bedenkt und dafür

dieser eine mit jenem verwandte oder ihm sonst nahestehende Person. Im Falle der Correspectivität hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der andern zur Folge (2270). Nichtigkeit ist hier wie immer auch die durch Anfechtung herbeigeführte. Wird dagegen die eine Verfügung unwirksam auf anderen Wegen, z. B. durch das Vorversterben der bedachten dem einen Gatten nahestehenden Person, so wird die andere Verfügung nicht unwirksam. Daß dieß so sein muß, sieht man deutlich daran, daß, wenn die Gatten einander bedacht haben und der eine stirbt, die zu seinen Gunsten getroffene Bestimmung hinfällig wird, die seinige aber in Wirksamkeit tritt.

Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer andern corespectiv ist, erfolgt bei Lebzeiten beider Gatten nach Art des Rücktritts vom Erbvertrage (2271 Abs. 1 S. 1. 2296), d. h. durch eine gerichtlich oder notariell beurkundete höchst persönliche Erklärung des Widerrufenden an den andern Gatten. Ist der Widerrufende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er wie zum Widerrufstestament (2253 Abs. 2. 2229 Abs. 1. 2) nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; im Falle der Geschäftsunfähigkeit ist der Widerruf wegen des Ausschlusses der Vertretung (2296 Abs. 1 S. 1) unmöglich. Durch ein einseitiges Testament kann die correspective Verfügung nicht widerrufen werden (2271 Abs. 1 S. 2), wohl aber durch neues gemeinschaftliches Testament oder durch einen Erbvertrag unter den Ehegatten.

Ist ein Gatte gestorben, so kann der andere seine Verfügungen, soweit sie mit denen des Verstorbenen correspectiv sind, nur dann noch aufheben — und zwar in den gewöhnlichen Formen — wenn er das ihm Zugewandte ausschlägt (2271 Abs. 2 S. 1), ebenso wie bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage mit Rücktrittsvorbehalt (2298 Abs. 2). Hiermit erledigen sich einfach die bei [6. 7] besprochenen Fragen. Indessen kann der Ueberlebende auch nach der Annahme des ihm Zugewandten wegen einer Verfehlung des Bedachten, die den Ueberlebenden zur Entziehung des Pflichttheils berechtigt (oder, wenn der Bedachte nicht pflichttheilsberechtigt ist, den Ueberlebenden zur Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte sein Abkömmling wäre), seine Verfügung in der Weise der Pflichttheilsentziehung aufheben (2271 Abs. 2 S. 2. 2294. 2336). Ist der Bedachte ein pflichttheilsberechtigter Abkömmling des überlebenden oder des vorverstorbenen Gatten (oder beider), so kann der Ueberlebende den Bedachten wegen Verschwendung oder Ueberschuldung bona mente nach Maßgabe des § 2338 beschränken (2271 Abs. 3. 2289 Abs. 2). Diese Satzungen entsprechen dem, was bei dem Erbvertrage gilt (2294. 2297. 2289), Bestimmungen, welche auch bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage zur Anwendung kommen, da § 2298 Abs. 2 sie nicht berührt. Soweit die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments nicht correspectiv sind, sind die Verfügungen des einen Gatten völlig unabhängig von denen des andern; der Widerruf ist einseitig, in den gewöhnlichen Formen jederzeit auch nach dem Tode des andern Gatten zulässig.

5. Ein in amtliche Verwahrung gebrachtes gemeinschaftliches Testament kann nach § 2256 nur von beiden Gatten zurückgenommen werden (2272). Bei dem öffentlichen Testament muß dieß so sein, weil die Zurücknahme nothwendig den Widerruf der Testamente beider Gatten bedeutet (2256 Abs. 1). Handelt es sich um ein Privattestament, so bedeutet zwar die Rücknahme nicht den Wider-

ruf, aber der Gatte, der sich einseitig das Testament aushändigen ließe, könnte es thatsächlich verschwinden lassen. — Ueber die Eröffnung s. 2273.

Erbverträge.

Es ist hier, im Anschluß an die Lehre vom gemeinschaftlichen Testament, der Ort, diejenige von den Erbverträgen einzuschieben, welche, wiewohl vorwiegend germanistischer Natur und daher von *Windscheid* nur in den Grundlinien behandelt (§ 529 zu [3, 4]. § 537 [a. E.]. § 538 [2]. § 539 [1 a. E.]. § 540 [4]. § 544 [8 a. E.]. § 554 [17a]. § 564 zu [5]. § 568 zu [3]. § 587 [2]. § 594 [2]. § 604 [8]. § 626 zu [8], s. auch § 632. § 675 zu [8]), für das Verständniß des Erbrechts des BGB. zu wichtig ist, als daß eine eingehendere und zusammenhängende Darstellung derselben vermieden werden könnte. Wir geben diese Darstellung für den Erbvertrag im Sinne des BGB., d. h. einen Vertrag, durch welchen *Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen* angeordnet werden (2278 Abs. 2), da die wesentlichen Bestimmungen für alle diese Fälle die gleichen sind. — Vgl. *Schiffner* Erbverträge zu Gunsten Dritter nach dem BGB. f. d. deutsche Reich Jahrb. f. Dogm. XL S. 88 fg. (1898), *Rüger* sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. IX S. 423 fg. (1899), *Hellwig* Verträge auf Leistung an Dritte S. 591 fg. (1899), *Schiffner* der Erbvertrag nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Jena 1899.

I. Die Frage, ob der Erbvertrag ein *innerlich einheitliches* Geschäft ist, oder aber in zwei Bestandtheile zerfällt, eine Verfügung des Erblassers von Todeswegen und den vertragsmäßigen Verzicht auf deren Widerruf (vgl. § 529 zu [3]) ist auch vom Standpunkte des BGB. aus bestritten. Für die letztere Ansicht s. *Hellwig* Verträge auf Leistung an Dritte S. 597 fg. (bes. S. 599 [227] „sachlich richtig"); für die erstere vgl. namentlich *Strohal* (2. Aufl.) S. 199 fg., *Schiffner* Erbvertrag § 3, auch *Frommhold* vor § 2274 unter 2. M. E. ist diese Auffassung die richtige. Es ist innerlich nicht begründet, den Willen des Erblassers in die zwei Elemente zu zerlegen: ich verfüge, und: ich will nicht widerrufen können. Der Wille, eine einseitige, widerrufliche Verfügung zu treffen, ist vielmehr ein *anderer* als der, eine vertragsmäßige, unwiderrufliche Verfügung zu treffen. *Hellwig* meint (S. 600 fg.), wenn der Erbvertrag ein materiell einheitliches Geschäft wäre, durch welches die Mitwirkenden zusammen eine letztwillige Verfügung von Todeswegen treffen, so müßten beide Mitwirkenden in Person handeln und testirfähig sein. Allein dieß wäre doch nur dann schlüssig, wenn beide *als Erblasser* mitwirkten, wovon keine Rede ist. Richtig ist, daß ein Rechtsgeschäft, welches als Erbvertrag nicht wirken kann, als letztwillige Verfügung aufrecht zu erhalten ist, wenn es den Anforderungen an eine solche entspricht und die Aufrechterhaltung dem Willen des Erblassers gemäß ist. *Hellwig* S. 601 fg. sieht dieß nicht als eine Conversion an (140), sondern als Aufrechterhaltung eines Theils des Rechtsgeschäfts (der Erbeinsetzung) bei Nichtigkeit des andern Theils (der vertragsmäßigen Bindung). Daß jener Theil im Zweifel (entgegen 139) aufrecht erhalten bleibe, soll aus § 2085 (vgl. 2279) folgen. Allein zunächst: wenn die Unwirksamkeit einer von mehreren zusammen errichteten Verfügung von Todeswegen die Unwirksamkeit der übrigen im Zweifel

nicht zur Folge hat, so ergibt das streng genommen nicht, daß eine Verfügung von Todeswegen aufrecht bleibt, wenn die mit ihr verbundene Bestimmung ihrer Unwiderruflichkeit unwirksam ist; denn die letztere Bestimmung ist keine Verfügung von Todeswegen. Man kann also auf den § 2085 in dem hier fraglichen Zusammenhange sich nicht, wenigstens nicht mit Sicherheit berufen (vgl. auch Strohal S. 201 [17]). Im Uebrigen wird es allerdings nach allgemeinen Erwägungen der Absicht des Erblassers meistens entsprechen, daß seine Verfügung wenn nicht als unwiderrufliche, so jedenfalls als widerrufliche gelten soll. Daß es dem BGB. entspricht, hierfür zu präsumiren, ist mit Schiffner S. 196 fg. 198 auf §§ 2084. 2279 zu stützen. Als einen weiteren Grund für seine Meinung sieht Hellwig S. 603 fg. den Satz des § 2299 Abs. 1 an, nach welchem in dem Erbvertrage jede überhaupt mögliche Verfügung von Todeswegen getroffen werden könne, (nur daß nicht alle bindend sein können, 2278). Der Erbvertrag bilde eine Geschäftsform für alle letztwilligen Verfügungen. M. E. ist aber § 2299 Abs. 1 nur dahin zu verstehen, daß in einem Rechtsgeschäft, welches mindestens eine vertragsmäßige Verfügung enthält, und den Anforderungen an einen Erbvertrag entspricht, nebenher auch einseitige (letztwillige) Verfügungen getroffen werden können, welche der Erbvertrag trägt, auch wenn sie den Anforderungen an eine selbständig getroffene letztwillige Verfügung nicht entsprechen. Wäre der Widerrufsverzicht etwas rein Accidentielles (Hellwig S. 604), ein ablösbares Stück des Geschäfts, welches auch fehlen könnte, ohne daß das Geschäft seinem ganzen Wesen nach verändert würde, so müßte es möglich sein, unter der äußeren Erscheinung des Erbvertrages ein Geschäft von Todeswegen zu errichten, das keine einzige bindende, sondern nur letztwillige Verfügungen enthielte, wie dieß wirklich Endemann III § 57 nach [20] für zulässig hält. Das ist aber keineswegs die Meinung des § 2299 Abs. 1. Ein Testirunfähiger kann unter Umständen einen Erbvertrag als Erblasser schließen (2275 Abs. 2. 3), der Erbvertrag kann unter Umständen in einer notariellen oder gerichtlichen Form geschlossen werden, welche den Anforderungen an die Testamentsform nicht genügt (2276 Abs. 2). Wird ein solcher Vertrag errichtet, d. h. mindestens eine vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen getroffen, so können in Verbindung damit auch einseitige Verfügungen getroffen werden, ohne daß der Mangel der Testirfähigkeit oder der vollen Testamentsform in Betracht kommt. Wird aber keine einzige vertragsmäßige Verfügung getroffen, so gelten die letztwilligen Verfügungen nicht, wenn einer jener Mängel obwaltet. Ein Erbvertrag kann auch unter Personen, die nicht mit einander verheirathet sind, geschlossen werden, und es können in einem solchen Vertrage von beiden Vertragschließenden vertragsmäßige, wie einseitige Verfügungen getroffen werden (2278 Abs. 1. 2299 Abs. 1). Es muß aber mindestens eine Verfügung eine vertragsmäßige, bindende sein; anderen Falls ist der Act kein Erbvertrag, und haben beide Parteien von Todeswegen verfügt, so sind die Verfügungen nur gültig, wenn die Parteien Ehegatten sind (2265). Wollte man anders entscheiden, so machte man die äußere Erscheinungsform des Erbvertrages zu einem Weg der Umgehung wichtiger Grundsätze über die Errichtung letztwilliger Verfügungen. — Aber auch abgesehen von der Frage der Verbindung letztwilliger Verfügungen mit einem Erbvertrage sind die hervorgehobenen Fälle, in denen die Errichtung eines Erbvertrages möglich,

diejenige eines Testaments unmöglich ist, für das Verhältniß von Erbvertrag und Testament wichtig. Wäre der Erbvertrag ein Testament, verbunden mit Widerrufsverzicht, so wäre die Möglichkeit, einen Erbvertrag zu errichten in Fällen und Formen, in denen das Testament nicht möglich ist, nicht erklärbar (vgl. Strohal S. 200), oder jedenfalls viel schwerer erklärbar, als wenn man den Erbvertrag als etwas in sich Einheitliches innerlich vom Testament verschiedenes ansieht. Auch die Möglichkeit der Anfechtung des Erbvertrages (nicht bloß des Widerrufsverzichts) durch den Erblasser (2281), welche bei dem Testament fehlt, ist mit Strohal S. 200 als ein Beweis gegen Hellwigs Auffassung anzusehen.

II. Der Erblasser bedarf zur Errichtung des Erbvertrages der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit (2275 Abs. 1, vgl. § 539 1. a. E.). Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er auch mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in der Regel keinen Erbvertrag schließen; nur können Ehegatten unter einander und Verlobte unter einander einen Erbvertrag schließen, auch wenn der als Erblasser Verfügende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, gleichviel, ob wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen. Der Erblasser bedarf dann der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist erforderlich, wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund, nicht, wenn er Vater oder Mutter ist (2275 Abs. 2. 3). Die Aufstellung einer bestimmten Altersgrenze, welche der Ehegatte oder Verlobte erreicht haben muß, um die Wohlthat dieser Vorschriften zu genießen, hat man abgelehnt (Prot. der II. Comm. S. 7255). Es kann daher der Vertrag auch dann geschlossen werden, wenn das Alter der Testamentsmündigkeit (2229 Abs. 2) noch nicht erreicht ist. Daß aber in gar zu jugendlichem Alter derartige Verträge geschlossen werden würden, ist nicht zu befürchten, weil Verlobungen von Kindern (es kommen nur solche über sieben Jahren in Betracht) mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter zwar rechtlich möglich, aber in Deutschland nicht üblich sind. Zu beachten ist, daß bei der Ausnahmevorschrift zu Gunsten der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten und Verlobten zwar in erster Linie an die Fälle gedacht ist, in denen die Gatten oder Verlobten einen wechselseitigen Erbvertrag schließen und für den Fall des Todes des Längstlebenden weiter verfügen, daß aber die Vorschrift allgemeine Geltung hat, so daß auch für den Fall des Todes des Erstversterbenden Dritte bedacht werden können, und der andere Gatte überhaupt nicht bedacht werden muß.

III. Der Erblasser kann den Erbvertrag nur persönlich schließen (2274), entsprechend dem, was für das Testament gilt (2064). Vertretung des anderen Vertragschließenden ist zulässig.

IV. Die Form des Erbvertrages (vgl. § 540 [4]) ist ausschließlich die öffentliche vor einem Richter oder einem Notar (2276). Es gibt keinen privatschriftlichen Erbvertrag, und keinen Notherbvertrag; es ist ausreichend, daß der Erblasser in Nothfällen eine einseitige Verfügung in privilegirter Form treffen kann. Auch einen privilegirten militärischen Erbvertrag gibt es nicht. Bei der gerichtlichen oder notariellen Errichtung müssen in Abweichung von der Regel des § 128 beide Theile gleichzeitig anwesend sein (2276 Abs. 1 S. 1), und es finden die Vorschriften über die Testamentserrichtung, welche §§ 2233 bis 2245 aufstellen, mit der Maßgabe Anwendung, daß dasjenige, was nach ihnen

vom Erblasser gilt, hier für beide Vertragschließende anwendbar ist (2276 Abs. 1 S. 2, vgl. insbes. 2242 Abs. 1. 2. 2243. 2244. 2245). Wird der Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten geschlossen und mit einem Ehevertrage in derselben Urkunde verbunden, so genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form (2276 Abs. 2). Das ist zwar ebenfalls der Abschluß vor Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile (1434), aber es gelten nicht die von der Testamentserrichtung entlehnten weiteren Vorschriften. Die über einen Erbvertrag aufgenommene Urkunde soll in derselben Art, wie bei dem Testament vorgeschrieben, in amtliche Verwahrung gebracht werden (worüber jeder der Vertragschließenden einen Hinterlegungsschein erhält); dieß gilt aber nur, wenn nicht die Parteien das Gegentheil verlangen. Das Gegentheil gilt im Zweifel als verlangt, wenn der Erbvertrag mit einem andern Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird (2277). Daraus ist ersichtlich, daß der Erbvertrag nicht nur mit einem Ehevertrage, sondern mit jedem anderen Vertrage verbunden werden kann. Die Zuwendungen von Todeswegen, die der Vertrag bestimmt, haben aber nie eine andere causa, als die causa mortis; auch wenn von seiten des Bedachten Versprechungen gemacht werden, entsteht kein entgeltlicher Vertrag (vgl. Hellwig S. 604 fg.) Hiermit ist freilich nicht gesagt, daß die von dem Bedachten übernommene Verpflichtung für die Wirksamkeit des Erbvertrages ganz gleichgültig wäre. In einem Falle (2295) begründet die Aufhebung der Verpflichtung ein Rücktrittsrecht für den Erblasser, in allen Fällen kann ihre Nichterfüllung den Erbvertrag anfechtbar machen wegen Irrthums des Erblassers im Beweggrunde (irrige Erwartung der Erfüllung [2078 Abs. 2. 2281]).

V. Der Inhalt des Erbvertrages kann gebildet werden durch Erbeseinsetzungen (also auch Nacherbeseinsetzungen), Vermächtnisse und Auflagen (2278 Abs. 2). Und zwar kann jeder der Vertragschließenden solche Verfügungen treffen (2278 Abs. 1); nicht etwa sind solche beiderseitige Verfügungen wie bei dem gemeinschaftlichen Testament, nur zuläßig, wenn die Vertragschließenden Ehegatten sind. Haben beide Vertragschließende als Erblasser verfügt, so gelten für beide natürlich die für den Erblasser aufgestellten Vorschriften. Die Verfügungen eines Vertragschließenden müssen nicht zu Gunsten des anderen Vertragschließenden lauten; Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse können vielmehr auch zu Gunsten Dritter lauten; die Auflage verleiht ihrem Wesen nach überhaupt Niemandem ein Recht auf die Leistung (1940). Ueber die Erbverträge zu Gunsten Dritter und ihr Verhältniß zu den obligatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter s. namentlich Hellwig und Schiffner a. a. OO. (Schiffner Erbverträge § 18).

Auf die vertragsmäßigen Zuwendungen und Auflagen finden die Vorschriften über letztwillige Zuwendungen und Auflagen entsprechende Anwendung (2279 Abs. 1). Ein Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten gilt nicht bloß, soweit ein Theil den andern bedacht hat, sondern auch, soweit Dritte bedacht sind, im Zweifel in der Weise als abhängig von dem zu Grunde liegenden Verhältniß der Parteien, wie dieß beim Testament in Ansehung der Verfügungen eines Gatten oder Verlobten zu Gunsten des andern gilt (2279 Abs. 2, 2077). Der Erbvertrag wird also hierin wie das gemeinschaftliche Testament behandelt

(vgl. 2268), nur mit dem Unterschiede, daß nicht wie bei jenem die Ehe gesetzliche Gültigkeitsbedingung des Erbvertrages unter Gatten ist (vgl. Schiffner § 50). Auch darin theilt der Erbvertrag unter Ehegatten die Behandlung, welche dem gemeinschaftlichen Testament zu Theil wird, daß die bei gegenseitiger Erbeseinsetzung der Gatten für den Fall des Todes des Längstlebenden gemachten Zuwendungen an Dritte rein als Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse mit Rücksicht auf den Nachlaß des Längstlebenden behandelt werden (2280. 2269). (Vgl. Schiffner § 21.)

VI. Die Bindung des Erblassers.

1. Der vertragsmäßig Bedachte hat kein Recht am Vermögen des Erblassers. Das Recht des Erblassers, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen, wird durch den Erbvertrag nicht beschränkt (2286), Erben und Vermächtnißnehmer sind aber gegen dolose Handlungen des Erblassers, genauer: gegen solche, welche in der Absicht vorgenommen sind, sie zu beeinträchtigen, gemäß §§ 2287. 2288 geschützt, während die Auflage gleichartigen Schutz nicht genießt (vgl. Schiffner §§ 31. 33. 34.)

a. Der vertragsmäßige Erbe ist nur geschützt im Falle einer Schenkung, welche der Erblasser in der Absicht gemacht hat, den Vertragserben zu beeinträchtigen. Diese Absicht kann nur bei Schenkungen aus dem Stammvermögen, nicht aus den Einkünften obwalten (Schiffner S. 128). Auch bei einer Schenkung aus dem Stammvermögen waltet sie nicht nothwendig ob. Der Erbe kann, wenn einer Schenkung jene Absicht zu Grunde lag, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (2287 Abs. 1). Die verschärfte Haftung des § 819 wird den Schenknehmer, der die Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, kennt, nicht erst von dem Anfall der Erbschaft an treffen, sondern schon von dem Empfange an, oder, wenn jene Kenntniß erst nach dem Empfange eintrat, von ihrem Eintritt an. Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfall der Erbschaft an (2287 Abs. 2), ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe von der Schenkung etwas weiß oder nicht. Einen Schutz gegen entgeltliche Verfügungen des Erblassers hat der Vertragserbe niemals (es wäre denn, daß sie sich in Wahrheit als Schenkungen herausstellen). Einen Schutz gegen thatsächliche Verschlechterungen der Erbschaft zu gewähren, wäre nur dann möglich, wenn der Vertragserbe Miterben hat, die nicht auch ihrerseits Vertragserben sind; aber auch in diesem Falle findet solcher Schutz nicht statt.

b. Der vertragsmäßige Vermächtnißnehmer dagegen wird nicht nur gegen dolose Schenkungen, sondern auch gegen dolose entgeltliche Verfügungen über den Vermächtnißgegenstand und gegen dolose Verschlechterung, Zerstörung, Beseitigung geschützt. Hat nämlich der Erblasser den Vermächtnißgegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, bei Seite geschafft oder beschädigt, so tritt, soweit der Erbe dadurch außer Stand gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, an die Stelle des Gegenstandes der Werth (2288 Abs. 1).

Hat der Erblasser in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, den Gegenstand veräußert oder belastet, so ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen. Ist er hierzu

außer Stande, so hat er den Werth des Gegenstandes oder der Befreiung von der Belastung zu entrichten; er darf den Werth entrichten, wenn die Verschaffung oder die Beseitigung der Belastung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich ist (2288 Abs. 2 S. 1). Das Vermächtniß wirkt also als s. g. Verschaffungsvermächtniß (vgl. 2170). Ist die Veräußerung oder Belastung schenkweise erfolgt, so hat der Bedachte nicht nur den beschriebenen Anspruch gegen den Erben, sondern, soweit er von diesem Ersatz nicht erlangen kann, auch einen Anspruch gegen den Beschenkten in derselben Weise, wie der absichtlich beeinträchtigte Erbe (2288 Abs. 2 S. 2). Unter Ersatz ist dasjenige zu verstehen, was nach dem Vorigen der Erbe zu leisten hat, oder was von ihm angenommen werden muß. Nicht erlangt werden kann der Ersatz möglicher Weise wegen der beschränkten Haftung des Erben, möglicher Weise wegen Leistungsunfähigkeit des persönlich haftenden Erben.

c. Die Vorschriften der §§ 2287. 2288 sind zwingende (vgl. Prot. der II. Comm. S. 7303). Dieß folgt aus dem Princip, welches dem § 276 Abs. 2 zu Grunde liegt. Will der Erblasser völlig freie Hand behalten, so muß er eine letztwillige Zuwendung machen.

2. Durch den Erbvertrag werden frühere letztwillige Verfügungen des Erblassers (vgl. Schiffner § 35) aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden (2289 Abs. 1 S. 1). Eine Beeinträchtigung liegt sowohl in einer Verminderung des Rechtes, wie in einer Belastung. Eine frühere vertragsmäßige Verfügung kann dasselbe Schicksal natürlich nicht haben, da sie vielmehr ihrerseits den Erblasser bindet.

Eine dem Erbvertrag folgende Verfügung von Todeswegen (vgl. Schiffner § 36) ist, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, unwirksam, gleichviel ob sie eine einseitige oder eine vertragsmäßige ist (2289 Abs. 1 S. 2). Nur kann der Erblasser, wenn der Bedachte sein pflichttheilsberechtigter Abkömmling ist, ihn wegen Verschwendung oder Ueberschuldung bona mente nach Maßgabe von § 2338 beschränken (2289 Abs. 2). Ausdrücklich vorbehalten ist ferner (2289 Abs. 1 S. 2) die Vorschrift des § 2297, d. h. der Satz, daß der Erblasser in den Fällen, in denen er zum Rücktritt von dem Erbvertrage berechtigt ist, nach dem Tode des anderen Vertragschließenden statt der damit unmöglich gewordenen Rücktrittserklärung die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben kann. Selbstverständlich ist, daß der rechtmäßige Rücktritt selbst die Möglichkeit beliebiger Verfügungen von Todeswegen wieder eröffnet; dasselbe gilt von der rechtmäßigen Anfechtung des Vertrages durch den Erblasser und der Beseitigung des Erbvertrages durch übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden. Auch wenn nach Errichtung eines Erbvertrages eine mit ihm nicht vereinbare Verfügung von Todeswegen getroffen und dann erst der Erbvertrag auf irgend einem Wege beseitigt wird, so wird es nicht zweifelhaft sein können, daß die inmittels getroffene Verfügung wirksam ist; denn sie sollte nur unwirksam sein, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Dieß aber thut sie nicht, wenn jenes Recht selbst beseitigt ist. Ebenso ist, wenn eine letztwillige Verfügung durch den ihr folgenden Abschluß eines Erbvertrages gemäß § 2289 Abs. 1 S. 1 aufgehoben worden, dann aber der Erbvertrag wieder beseitigt ist, jene letztwillige Verfügung wirksam. Auch sie

beeinträchtigt nun nicht ein Recht des vertragsmäßig Bedachten, und daß sie trotz ihrer „Aufhebung" von selbst wieder in Kraft tritt, hat keine Bedenken gegen sich; ist doch auch, wenn ein widerrufendes Testament widerrufen wird, das zuerst widerrufene so wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben wäre (2258 Abs. 2), und gilt doch auch das Gleiche im Falle der Anfechtung eines widerrufenden Testaments. Das Entsprechende gilt auch dann, wenn der vertragsmäßig Bedachte vor dem Erblasser stirbt (1923. 2160), wenn er ausschlägt, wenn sein Erwerb wegen Erbunwürdigkeit angefochten wird (2339 fg.), wenn der vertragsmäßig bedachte Dritte Erbverzicht leistet (2352 S. 2), (vgl. hierzu Hellwig S. 598). Möglich ist übrigens auch, in dem Erbvertrage das Recht späterer letztwilliger Verfügungen vorzubehalten (Schiffner § 37).

VII. Beseitigung eines Erbvertrages.

1. Ein Erbvertrag kann aufgehoben werden durch übereinstimmenden Willen derer, die ihn geschlossen haben (vgl. Hellwig S. 626 fg., Schiffner § 41. 42), und zwar allgemein durch Vertrag, in gewissen Fällen durch Testament mit Zustimmung des andern Theils, unter Ehegatten auch durch gemeinschaftliches Testament.

a. Immer kann der Erbvertrag, sowie jede einzelne in demselben getroffene Verfügung bei Lebzeiten beider Vertragschließenden durch neuen Vertrag unter ihnen (2290 Abs. 1) in der Form des Erbvertrages (2290 Abs. 4) aufgehoben werden. Die Aufhebung kann auch in einem neuen positiven Erbvertrag unter denselben Personen enthalten sein, ausdrücklich wie auch indirect dadurch, daß neue, mit den früheren unvereinbare Verfügungen getroffen werden (2290 Abs. 1). Der Erblasser kann einen Aufhebungsvertrag (wie den Erbvertrag [2274]) nur persönlich schließen (2290 Abs. 2 S. 1); ist er geschäftsunfähig, so ist der Vertrag unmöglich. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht (2290 Abs. 2 S. 2, vgl. 2253 Abs. 2); selbstverständlich aber gilt dieß nur für den reinen Aufhebungsvertrag.

Der Mitcontrahent des Erblassers kann bei dem Aufhebungsvertrage vertreten werden; der Vertrag kann also auch, wenn er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, statt seiner von seinem gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Schließt ihn der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte selbst, so bedarf er selbstverständlich der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist immer erforderlich, wenn der Mitcontrahent des Erblassers unter Vormundschaft steht; steht er unter elterlicher Gewalt, so fällt dieses Erforderniß dann fort, wenn der Aufhebungsvertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird (2290 Abs. 3), ebenso wie im gleichen Falle der Erbvertrag selbst von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unabhängig ist (2275 Abs. 2. 3). Einen Erbverzichtvertrag in Bezug auf die ihm gemachten Zuwendungen kann der Mitcontrahent mit dem Erblasser nicht schließen (arg. 2352 S. 2). Dieß ist namentlich deßhalb wichtig, weil der Erbverzicht eine leichtere Form hat als der Vertrag zur Aufhebung eines Erbvertrages (einfach notarielle oder gerichtliche Beurkundung, 2348). Erbschaft oder Vermächtniß nach dem Tode des Erblassers auszuschlagen, ist dem Mitcontrahenten nicht verwehrt.

Dritte, welche in dem Erbvertrage bedacht sind, können der vertragsmäßigen Aufhebung desselben nicht widersprechen. Sie haben auf Grund des Vertrages eine rechtliche Aussicht auf das ihnen Zugewandte, das der Erblasser ihnen nicht mehr einseitig entziehen kann (2289), aber ein derart erworbenes Recht, daß ihnen dasselbe nur auf Grund besonderen Vorbehaltes (vgl. 328 Abs. 2), durch Vertrag der Contrahenten entzogen werden könnte, haben sie nicht. Anders wird ihre Stellung nicht nur bei dem Tode des Erblassers, sondern auch bei demjenigen des Mitcontrahenten. Ist der Erblasser gestorben, so kann der Mitcontrahent (der nicht selbst Erbe zu sein braucht), nicht etwa durch Vertrag mit dem Erben die Verfügungen zu Gunsten Dritter aufheben (2290 Abs. 1 S. 2). Ist der Mitcontrahent gestorben, so sind die Verfügungen zu seinen Gunsten von selbst hingefallen (1923. 2160); diejenigen zu Gunsten Dritter und Auflagen bleiben bestehen und können durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Erben des Mitcontrahenten nicht beseitigt werden (2290 Abs. 1 S. 2), ganz entsprechend dem § 331. Bei Lebzeiten des Erblassers kann der dritte Bedachte mit dem Erblasser einen Erbverzicht schließen (2352 S. 2), nach dem Tode des Erblassers kann er ausschlagen, beides unabhängig von dem Willen des Mitcontrahenten.

b. In Bezug auf Vermächtnisse und Auflagen, nicht auch in Bezug auf Erbeseinsetzungen, hat die zweite Commission (Prot. S. 7323 fg.) neben der vertragsmäßigen Aufhebung die einfachere Form der Aufhebung durch Testament des Erblassers unter Zustimmung des Mitcontrahenten zugelassen. Die Zustimmung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, aber das Testament, zu welchem sie ertheilt wird, kann ein Privattestament oder Nothtestament sein, und wenn es ein notarielles oder gerichtliches ist, so ist nicht, wie bei dem Aufhebungsvertrage, gleichzeitiges Erscheinen beider Theile vor demselben Notar oder Gericht erforderlich. Die Zustimmung ist in Abweichung von § 183 unwiderruflich (2291 Abs. 2). Ist der Mitcontrahent in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig, so gelten dieselben Sätze wie bei dem Aufhebungsvertrage (2292 Abs. 1 a. E. vgl. ob. a.). Ist der Mitcontrahent gestorben, so kann die Zustimmung von seinen Erben nicht ertheilt werden; das Aufhebungstestament ist vielmehr nun ebenso unmöglich, wie der Aufhebungsvertrag.

c. Ein unter Ehegatten geschlossener Erbvertrag kann durch gemeinschaftliches Testament der Gatten aufgehoben werden (2292). Hatte in dem Erbvertrage nur einer der Gatten Verfügungen von Todeswegen getroffen, so bedarf der andere Gatte zu dem aufhebenden Testament, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes in demselben Umfange wie bei dem Aufhebungsvertrage (2292 a. E.). Haben beide Gatten in dem Erbvertrage Verfügungen von Todeswegen getroffen, so gilt dasselbe von beiden, weil dann jeder zugleich Mitcontrahent des andern als des Erblassers ist.

2. Der Erbvertrag kann möglicher Weise beseitigt werden durch eine einseitige Willenserklärung (vgl. Hellwig S. 636 fg., Schiffner § 39. 43—48). Hierbei ist zu unterscheiden Anfechtung und Rücktritt.

a. Die Anfechtung hat dieselben Gründe, wie diejenige des Testaments; das Anfechtungsrecht aber mußte, da der Erbvertrag den Erblasser bindet, auch diesem verliehen werden.

α. Das **Anfechtungsrecht des Erblassers** ist bei der Anfechtung wegen Uebergehung eines Pflichttheiltsberechtigten gemäß § 2079 (die bei letztwilliger Verfügung nur dem Pflichttheilsberechtigten persönlich zusteht [2080 Abs. 3]) an die Voraussetzung des Vorhandenseins des Pflichttheilsberechtigten zur Zeit der Anfechtung gebunden (2281 Abs. 1).

Die Anfechtung durch den Erblasser erfolgt der Regel gemäß (143 Abs. 2) mittels Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden; ist dieser gestorben, so sind Verfügungen zu seinen Gunsten von selbst weggefallen (1923. 2160). Verfügungen zu Gunsten eines Dritten sind dem Nachlaßgerichte (des Mitcontrahenten, s. Hellwig S. 658 fg.) gegenüber anzufechten. Dieses soll die Anfechtungserklärung dem Dritten mittheilen (2281 Abs. 2). Obwohl die Auflage nicht eigentlich eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten ist, wird doch auch sie durch Erklärung an das Nachlaßgericht des Mitcontrahenten anzufechten sein. Die Anfechtungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (2282 Abs. 3), gleichviel ob sie dem Mitcontrahenten oder dem Nachlaßgericht gegenüber erfolgt.

Die Anfechtung durch den Erblasser ist eine höchstpersönliche Erklärung (2282 Abs. 1 S. 1); jedoch kann, wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts anfechten (2282 Abs. 2). Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er auch ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters anfechten (2282 Abs. 1. S. 2, vgl. 2253. 2290 Abs. 2 S. 2. 2296 Abs. 1 S. 2).

Die Anfechtung durch den Erblasser kann nur binnen Jahresfrist erfolgen (2283 Abs. 1). Die Frist beginnt für die Anfechtung wegen Drohung mit Aufhören der Zwangslage, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhält (2283 Abs. 2 S. 1). Auf die Frist finden §§ 203. 206 entsprechende Anwendung. Die Frist ist demnach gehemmt, so lange der Erblasser innerhalb ihrer letzten sechs Monate durch höhere Gewalt an der Abgabe der Anfechtungserklärung verhindert ist. Dasselbe gilt, wenn in der gleichen Zeit Stillstand der Rechtspflege die Anfechtungserklärung hindert; dieß aber kann sich wegen der Beurkundungsform auch ereignen, wenn die Anfechtung dem Mitcontrahenten gegenüber zu erfolgen hat. Die Bestimmung des § 206 ist, soweit sie vom beschränkt Geschäftsfähigen handelt, hierher nicht zu übertragen, da der beschränkt Geschäftsfähige anfechten kann. (Hellwig S. 663.) Ist aber der Erblasser geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter, so läuft die Frist nicht ab vor Ablauf von sechs Monaten, nachdem er einen gesetzlichen Vertreter erhalten hat oder die Geschäftsunfähigkeit weggefallen ist. Es ist nicht nöthig, daß er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, da er auch im Zustande beschränkter Geschäftsfähigkeit anfechten kann. Für den geschäftsunfähigen Erblasser wird aber auch für den Fall vorgesorgt, daß er einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser aber die nach § 2282 Abs. 2 zulässige Anfechtung nicht rechtzeitig vorgenommen hat. Der Erblasser kann dann nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit ebenso anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre (2283 Abs. 2); er hat danach vom Aufhören der Geschäftsunfähigkeit an noch eine Frist von mindestens sechs Monaten.

Bestätigung des Erbvertrags durch den Erblasser ist möglich (anders als bei dem anfechtbaren Testament s. ob. S. 241 unter d.) und hebt die Anfechtbarkeit auf. Einer Form bedarf die Bestätigung nicht (144 Abs. 2). So auch Strohal S. 197 zu [8], Schiffner S. 155 zu [29], Endemann § 61 zu [18], Cosack II § 361 zu [7]. Ist diese Formlosigkeit bedenklich, so glaube ich doch nicht, daß, wie Hellwig S. 661 fg. und nach ihm Frommhold zu § 2284 unter 2 annehmen, das Gesetz einen Weg bietet, sich ihrer Anerkennung zu entziehen. Die Bestätigung kann nur durch den Erblasser persönlich erfolgen. Sie ist unmöglich, wenn er geschäftsunfähig ist, aber auch, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (2284), ebenso wie in diesem Falle ein neuer Erbvertrag nicht geschlossen werden kann. Sogar in den Ausnahmefällen, in denen Letzteres zulässig ist (unter Ehegatten und Verlobten [2275]), kann eine Bestätigung nicht erfolgen, sondern nur erneuter Abschluß des Vertrages in voller Form.

β. Das Anfechtungsrecht der Dritten, denen der Wegfall des Erbvertrags unmittelbar zu Statten kommen würde (2080 Absatz 1), folgt den gleichen Sätzen wie beim Testament (2279 Abs. 1), fällt aber fort, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes erloschen ist (2285), gleichviel aus welchem Grunde; auch die Einrede des § 2083 findet dann nicht statt. Die Anfechtung hat gemäß § 2081 regelmäßig dem Nachlaßgericht gegenüber zu erfolgen, nur das Vermächtniß ist dem Vermächtnißnehmer gegenüber, (nicht etwa dem Mitcontrahenten des Erblassers gegenüber) anzufechten. Um dieses erwünschte Ergebniß zu rechtfertigen, ist es nicht nöthig, mit Hellwig S. 666 fg., seiner Grundanschauung entsprechend, den Vermächtnißvertrag in zwei Theile zu zerlegen und darauf zu verweisen, daß nach dem Tode des Erblassers nur die Vermächtnißverfügung als einseitige angefochten werde. Hellwig meint, daß es an einer gemäß § 2279 auf die Anfechtung des Vertragsvermächtnisses entsprechend anwendbaren erbrechtlichen Norm über die Anfechtung des letztwilligen Vermächtnisses fehle. Allein gemäß § 2279 sind auf die vertragsmäßigen Zuwendungen von Todeswegen nicht bloß die ausdrücklichen und besonderen Normen über letztwillige Zuwendungen anwendbar, sondern auch die Resultate, welche sich in Betreff ihrer aus allgemeinen Vorschriften durch Auslegung ergeben. Ergibt sich für das letztwillige Vermächtniß aus § 143 Abs. 4 die Anfechtung dem Vermächtnißnehmer gegenüber, so ist man berechtigt gemäß § 2279, dieses Ergebniß auf das Vertragsvermächtniß anzuwenden, und keineswegs genöthigt, aus dem § 143 für das Vertragsvermächtniß andere Ergebnisse zu ziehen. Hiervon scheint auch Strohal S. 197 fg. unter 2 auszugehen.

b. Der Rücktritt vom Erbvertrage ist der Anfechtung verwandt. Er ist Aufhebung des Erbvertrages durch einseitige höchstpersönliche gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung des Erblassers an den anderen Vertragschließenden. Der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser hier ebenso wenig, wie bei der Anfechtung (2296). Dagegen ist nicht, wie bei der Anfechtung, dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers die Ausübung des Rücktrittsrechtes eingeräumt.

Der Rücktritt ist zulässig, wenn der Erblasser sich ihn im Vertrage vorbehalten hat (2293). Der Vorbehalt kann wirksam sowohl in Betreff des ganzen Erbvertrages, wie in Betreff einzelner Verfügungen gemacht werden. Ferner kann

der Erblasser von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichttheils berechtigt, oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichttheilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre (2294). Endlich gewährt das Gesetz ein Rücktrittsrecht, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird (2295). Wegen Nichterfüllung der rechtlich fortbestehenden Verpflichtung kann der Rücktritt nicht erfolgen. Ist aber der Erblasser durch die irrige Erwartung der Erfüllung der Verpflichtung zu der vertragsmäßigen Verfügung bestimmt, so findet Anfechtung gemäß § 2078 Abs. 2. 2281 fg. statt.

Während die Anfechtung nach dem Tode des Erblassers möglich bleibt, gilt dieß vom Rücktritt als solchem nicht; statt der gesetzlichen oder vorbehaltenen Möglichkeit des Rücktritts tritt vielmehr jetzt die Befugniß des Erblassers ein, die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufzuheben; soll die Aufhebung wegen einer zur Entziehung des Pflichttheils berechtigenden Verfehlung geschehen (2294), so sind die Vorschriften über die letztwillige Pflichttheilsentziehung (2336 Abs. 2—4) zu beachten (2297). Der Vorbehalt des Rücktritts kann aber nach dem Willen der Contrahenten ein derart beschränkter sein, daß der Erblasser nach dem Tode des Mitcontrahenten seine Verfügungen nicht aufheben kann (Strohal S. 213).

VIII. Gemeinschaftliche Erbverträge kann man nach Analogie des gemeinschaftlichen Testamentes solche nennen, in denen beide Contrahenten vertragsmäßige Verfügungen treffen. Sie sind, anders als das gemeinschaftliche Testament (2265) auch zulässig, wenn die Vertragschließenden nicht Ehegatten sind (2278 Abs. 1). Die beiderseitigen Verfügungen sind im Zweifel immer correspectiv (2298 Abs. 1), während bei dem gemeinschaftlichen Testament dieß nur unter besonderen Voraussetzungen gilt (2270 Abs. 2). Die Correspectivität (vgl. Schiffner § 49) bedeutet hier, daß bei Nichtigkeit (auch der durch Anfechtung herbeigeführten) einer Verfügung eines Gatten der ganze Vertrag unwirksam ist. Denn soll die Verfügung, in welcher die Nichtigkeit wurzelt, als correspectiv mit allen Verfügungen des andern Gatten angesehen werden, so müssen zunächst diese sämmtlich unwirksam sein; wegen ihrer Correspectivität mit den übrigen Verfügungen des ersten Gatten aber müssen dann auch diese von der Nichtigkeit getroffen werden. Diese Sätze gelten jedoch nicht, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (2298 Abs. 3); es kann danach die Correspectivität auf einzelne Verfügungen beschränkt sein oder auch ganz fehlen. Für den Fall des Widerrufs kann sich bei dem Erbvertrage die Correspectivität nicht (wie beim gemeinschaftlichen Testamente [2270 Abs. 1]) äußern, da es keinen Widerruf des Erbvertrages gibt.

Ist in dem Vertrage beiden Erblassern der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Vertragschließenden der ganze Vertrag aufgehoben (2298 Abs. 2 S. 1), wenn nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (2298 Abs. 3). Dasselbe gilt, wenn nur einem Erblasser der

Rücktritt vorbehalten war und dieser zurücktritt. Das vorbehaltene Rücktrittsrecht verwandelt sich bei dem einseitigen Erbvertrage mit dem Tode des Mitcontrahenden in das Recht, die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufzuheben; bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage tritt diese Verwandlung nur ein, wenn der Ueberlebende das ihm durch den Vertrag Zugewandte ausschlägt (2298 Abs. 2 S. 3). In allen übrigen Fällen, auch dann, wenn dem Ueberlebenden nichts zugewandt ist (Hellwig S. 648 fg.) erlischt das Rücktrittsrecht mit dem Tode des andern Vertragschließenden (2298 Abs. 2 S. 2), wenn nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (2298 Abs. 3). Andererseits kann der Rücktrittsvorbehalt nach dem Willen der Contrahenten auch dahin beschränkt sein, daß das Rücktrittsrecht mit dem Tode des Erstversterbenden auch dann erlöschen soll, wenn er das ihm Zugewandte ausschlägt (Strohal S. 212 fg.)

Das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß §§ 2294. 2295 wird von § 2298 Abs. 2 nicht berührt. Es besteht also nicht der Satz, daß die Erklärung des gesetzlich zulässigen Rücktritts im Zweifel den ganzen Vertrag vernichtet, und es kann der Ueberlebende, auch wenn er das ihm vom Vorverstorbenen Zugewandte nicht ausschlägt, in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechtes seine Verfügungen durch Testament aufheben (2297), analog dem, was bei dem gemeinschaftlichen Testament gilt (2271 Abs. 2 S. 2).

IX. Verbindung letztwilliger Verfügungen mit einem Erbvertrage (vgl. Schiffner Erbvertrag § 17). Nicht alle Verfügungen, die innerhalb eines Erbvertrages getroffen werden, müssen vertragsmäßige sein. Vielmehr kann jeder der Vertragschließenden in dem Erbvertrage einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann. Einen inneren Zusammenhang zwischen solchen einseitigen und den vertragsmäßigen Verfügungen verlangt das Gesetz nicht, vermuthet ihn aber (2299 Abs. 3, s. unten). Wird eine letztwillige Verfügung mit einem Erbvertrage verbunden, so ist die Fähigkeit des Erblassers zu ihrer Errichtung nach den Sätzen über die Fähigkeit zum Erbvertrage zu bemessen, es kann also unter Umständen auch ein an sich Testirunfähiger nach § 2275 Abs. 2. 3 derartige Verfügungen treffen. Deßgleichen bedarf die Verfügung keiner anderen Form als der des Erbvertrages, unter Umständen also (2276 Abs. 2) genügt eine leichtere als die öffentliche Testamentsform. Verfügungen außer Erbeseinsetzung, Vermächtniß, Auflage, können, weil sie vertragsmäßig nicht getroffen werden können (2278 Abs. 2), nur als einseitige gewürdigt werden, während bei Erbeseinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen durch Auslegung festzustellen ist, ob sie als vertragsmäßige oder als einseitige anzusehen sind. Die Auslegungsregeln, welche hierüber E. I § 1956 Abs. 2. 3 enthielt, hat die II. Commission gestrichen (Prot. S. 7299 fg. 7301), ließ aber in Ansehung der Erbeseinsetzungen wenigstens die Ansicht deutlich erkennen, daß trotz der Streichung der entsprechenden Bestimmung die Vermuthung für die vertragsmäßige Natur einer in einem Erbvertrage enthaltenen Erbeinsetzung spreche (S. 7299). Diese Ansicht dürfte aber trügerisch sein. Denn wenn es einmal möglich ist, einseitige Erbeseinsetzungen mit vertragsmäßigen Verfügungen zu verbinden, so kann der Umstand allein, daß eine Erbeseinsetzung innerhalb eines Rechtsgeschäftes steht, das auch vertragsmäßige Verfügungen enthält, die Vermuthung für ihre Vertragsmäßigkeit nicht begründen. S. auch Hellwig S. 615 fg.

Ist eine einseitige Verfügung von Todeswegen mit einem Erbvertrage verbunden, so gilt für sie das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre (2299 Abs. 2 S. 1). Sie unterliegt also dem Widerruf des Erblassers, nicht seinem Rücktritt nach § 2293 fg. Sie kann von ihm nicht angefochten werden, sondern nur nach seinem Tode von Dritten gemäß § 2078 fg. Die Verfügung kann aber auch durch einen Vertrag aufgehoben werden, durch welchen eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (2299 Abs. 2 S. 2), d. h. eine bindende Verfügung, welche in dem Vertrage enthalten war, mit welchem die einseitige Verfügung verbunden wurde. Soll nur die einseitige Verfügung aufgehoben werden, so ist der Vertrag des § 2290 für diesen Zweck nicht der gewiesene Weg; aber sofern der Vertrag den Anforderungen an ein widerrufendes Testament genügt, ist er zur Aufhebung geeignet. Wird der Erbvertrag als Ganzes durch Rücktritt des Erblassers oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt die mit ihm verbundene letztwillige Verfügung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (2299 Abs. 3). Und zwar vernichtet der Rücktritt desjenigen, der in dem Vertrage vertragsmäßige Verfügungen getroffen hatte, nicht nur seine eigenen, sondern ebenso im Zweifel auch diejenigen einseitigen Verfügungen, welche der Mitcontrahent getroffen hatte. Hatten Beide vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so vernichtet im Zweifel der Rücktritt eines jeden auch die vertragsmäßigen Verfügungen des Andern und die etwaigen einseitigen Verfügungen Beider (2298 Abs. 2. 2299 Abs. 3). Beziehen sich Rücktritt oder Aufhebungsvertrag nur auf einzelne vertragsmäßige Verfügungen, nicht auf den Erbvertrag als Ganzes, so lassen sie die mit demselben verbundenen letztwilligen Verfügungen im Zweifel unberührt (2085. 2299 Abs. 2. S. 1). Wird der Erbvertrag durch Anfechtung beseitigt, so gilt er als von Anfang an nichtig, verliert also die Fähigkeit, letztwilligen Verfügungen die erforderliche Anknüpfung zu bieten. Die mit ihm verbundenen letztwilligen Verfügungen werden also unwirksam, wenn das Errichtungsgeschäft nach Seiten der Form oder der Fähigkeit des Erblassers den Anforderungen an ein Testament nicht entspricht. Entspricht es aber diesen Anforderungen, so können die letztwilligen Verfügungen bestehen bleiben, und das Gesetz enthält nicht die Vermuthung, daß sie nicht bestehen bleiben. Sie werden vielmehr nur dann unwirksam, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie nicht ohne die durch Anfechtung vernichteten getroffen haben würde (2085 in Verb. mit 2299 Abs. 2 S. 1). Um so mehr gilt dieß dann, wenn die Anfechtung sich nur auf einzelne vertragsmäßige Verfügungen bezieht.

X. Eröffnung: s. 2300, vgl. Schiffner § 52.]

III. Von der Berufung durch Gesetz (Intestaterbfolge)*.

A. Voraussetzung derselben.

§ 569.

Die gesetzliche Bestimmung tritt ein, wenn kein Testament oder kein gültiges oder kein wirksames Testament vorliegt. Die gesetzliche

Berufung tritt nicht nothwendig sofort mit dem Tode des Erblassers ein; sie tritt erst später ein: a) wenn erst nach dem Tode die Ungültigkeit oder Unwirksamkeit des Testamentes sich entscheidet [1]; b) im Fall der s. g. successiven Berufung [2].

B. Die Berufung selbst.

1. Ueberhaupt.

§ 570.

Das Gesetz beruft zur Erbfolge in das Vermögen eines Verstorbenen zuerst seine Verwandten, dann seinen Ehegatten [1]. Von der Berufung der Verwandten wird in § 571 fg. näher gehandelt werden; was die Berufung des Ehegatten angeht [2], so setzt dieselbe außer der Abwesenheit von Verwandten [3] voraus, daß die Ehe bis zum Tode rechtsgültig bestanden habe [4]. — In Ermangelung von Verwandten

---

* Die neueste Gesammtbearbeitung der Lehre von der Intestaterbfolge ist die von Schirmer in seinem Handbuch des röm. Erbr. (§ 527 *) S. 124—297. Eine Uebersicht gibt Köppen System des heutigen römischen Erbrechts im Grundrisse S. 13—30 (1867). [Jetzt: Lehrbuch des heutigen röm. Erbr. S. 383—418.] S. ferner: Glück Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des älteren und neueren r. R. (1803, zweite Aufl. 1822). Roßhirt Einleitung in das Erbr. und Darstellung des ganzen Intestaterbr. (1831). Arndts Art. Intestaterbfolge in Weiske's RLex. V S. 668—700 (1844), Mayer § 54—84.

[1] Es wird nach dem Tode des Erblassers ein Notherbe geboren. Die eingesetzten Erben erwerben die Erbschaft nicht. Pr. I. 3, 1. „Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo [si ex eo nemo] heres exstitit [exstiterit]". L. 8 C. 6, 59. „Antequam scriptus [heres] cuiuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestati bona defuncti non recte vindicentur". L. 1 pr. § 8 D. 38, 16. L. 39 D. 29, 2, l. 89 D. 50, 17. § 569.

[2] S. § 573.

[1] Man pflegt zu sagen: es gibt zwei Successionsgründe, Verwandtschaft und Ehe. § 570.

[2] Die Berufung des Ehegatten beruht auch nach Justinianischem R. noch auf der bonorum possessio. L. un. D. 38, 11, l. un. C. 6, 18 („pro iure antiquo", § 7 [6] I. 3, 9. Sf. IX. 313).

[3] S. die zuvor citirten Stellen und vgl. noch l. 9 C. 5, 1. Einen Erbanspruch neben Verwandten gewährt das r. R. nur der armen Wittwe. S. darüber § 574.

[4] L. un. pr. D. cit. 38, 11. Ist auch factischer Bestand der Ehe (eheliches Zusammenleben) bis zum Tode erforderlich? Man behauptet es wegen § 1 der l. un. cit. Schirmer § 13 [5]. Aber in dieser Stelle ist nicht die Rede von einer

und eines Ehegatten fällt die Erbschaft als herrenloses Gut an den Fiscus [5]. Dem Fiscus gehen jedoch vor, wenn der Verstorbene Geistlicher oder Soldat war, seine Kirche [6] bez. sein Regiment [7], und in Betreff des dem Verstorbenen vom Landesherrn zusammen mit einem Andern Geschenkten der Mitbeschenkte [8].

2. Von der Berufung der Verwandten im Besonderen.

a. Personen, die berufen werden.

§ 571.

Ueber den Begriff der Verwandtschaft s. I § 56a. Diejenige Verwandtschaft, welche nach Justinianischem Rechte allein in Betracht kommt, ist die Blutsverwandtschaft (Cognation) [1]. Und zwar werden

---

bloßen Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens mit der Absicht, die Ehe rechtlich fortbestehen zu lassen, sondern von einer beabsichtigten Ehescheidung, welche nur wegen eines gesetzlichen Hindernisses die Auflösung der Ehe nicht erreichen kann, ohne deßwegen aller rlichen Wirkung bar zu sein und namentlich ohne die Verpflichtung zum ehelichen Zusammenleben fortbestehen zu lassen. Vgl. l. 11 pr. D. 24, 2. S. namentlich das Erk. des OAG. zu Rostock 4/8 70 bei Bubbe Entscheidungen 2c. VII S. 265—267 (Sf. XXII. 45). Anwendung findet die römische Bestimmung auf Ehegatten, die vor dem Reichsgesetz vom 6/2. 1875 (§ 77) von Tisch und Bett geschieden worden sind.

[5] L. 4 C. 10, 10, l. 96 § 1 D. 30, l. 20 § 7 D. 5, 3, l. 1 pr. l. 2 D. 38, 9. Sf. VIII. 275.

[6] L. 20 C. 1, 3, Nov. 131 c. 13, c. 7 C. 12 quae. 5. Die erste Stelle nennt außer der Kirche auch die Klöster; aber Klosterpersonen sind nach c. R. vermögensunfähig (§ 535 [2]). Glück S. 759 fg.

[7] L. 6 § 7 D. 28, 3, l. 4 § 17 D. 40, 5, l. 2 C. 6, 62. Glück S. 755 fg. — Das r. R. gibt ein gleiches Privilegium auch der curia, der cohors, dem collegium naviculariorum und dem collegium fabricensium. Tit. Cod. 6, 62 de hereditatibus decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium. Ueber die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen ist man einverstanden. Dagegen findet sich die Behauptung, daß nach der Praxis ein gleiches Privilegium auch der Universität, sowie dem Armeninstitute, in welchem der Verstorbene bis zu seinem Tode verpflegt worden sei, zustehe. Glück S. 761 fg. Dagegen v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. X S. 95 fg., Sintenis III § 165 [5].

[8] Der s. g. socius liberalitatis imperialis. L. un. C. 10, 14. Er ist übrigens nicht Erbe, sondern gesetzlicher Vermächtnißnehmer. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Glück S. 762 fg., Sintenis a. a. O.

§ 571. [1] Das ursprüngliche r. R. gab Erbr. nur den Agnaten. Die Cognaten berief zuerst der Prätor, jedoch, mit Ausnahme gewisser Descendenten, hinter allen Agnaten. Die spätere kaiserliche Gesetzgebung hob einzelne Cognaten aus dieser schlechten Stellung heraus, und setzte sie den Agnaten vor. Diese Richtung hat ihren Abschluß gefunden in Nov. 118 (vom Jahre 543), in welcher principiell ausgesprochen wurde, daß es nur auf Cognation, nicht auf Agnation ankommen solle (prooem. und c. 4). Geschichtliche Uebersichten bei Glück S. 169

die Blutsverwandten berufen ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradeszahl [2], während das prätorische Edict allerdings eine solche Beschränkung machte [3]. — Adoption [4] begründet nicht Blutsverwandtschaft; aber sie begründet: a) wenn sie eine volle ist [5], die Rechte der Blutsverwandtschaft, soweit sie Agnation begründet und für die Dauer der Agnation [6]; b) wenn sie keine volle ist, Intestaterbrecht (nicht

---

fg., Arndts S. 669 fg., Vering S. 17 fg. 429 fg. 618 fg. 634 fg., Köppen (System) S. 2 fg. 15 fg., Schirmer S. 127 fg., Vangerow II § 406—410. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden, die Nov. 118 berufe nicht sowohl die Cognaten, als vielmehr die Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten als solche (Löbenstern ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 25 fg.), oder sie berufe zwar die Cognaten, aber ihr Begriff der Cognation sei nicht der des früheren R. (Schirmer S. 190 [157]), und es ist daraus die Consequenz gezogen worden, daß die Bestimmung, nach welcher Niemand berufen wird, der nicht zur Zeit des Todes des Erblassers wenigstens schon concipirt war (§ 535 [5]), durch die Nov. 118 ganz (Löbenstern) oder theilweise (Schirmer, nämlich für den Fall der successiven Berufung) aufgehoben worden sei. S. dagegen Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 11 fg, Arndts S. 680, Vangerow II § 411 Anm., Arndts Pand. § 174 [4. 6], Brinz 2. Aufl. III S. 128, Köppen Lehrb. § 59 [1].

[2] Nov. 118 c. 3 § 1.

[3] Es berief die 6 ersten Grade und aus dem 7. Grade die Enkel von Geschwisterkindern, während die Agnatenerbfolge ebenfalls ohne alle Gradesbeschränkung eintrat. § 5 I. 3, 5, l. 1 § 3. l. 9 pr. D. 38, 8, l. 4 pr. D. 38, 10.

[4] Vgl. zum Folgenden: v. Löhr Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. III S. 386 fg. (1819). Mühlenbruch Forts. von Glück XXXV S. 166 fg. (1832). Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 18 fg. (1839). Glück § 157—159, Arndts a. a. O. S. 680. 685—689. Schirmer § 11. Vangerow § 412 Anm. Sintenis II § 139 [55]. Köppen Lehrbuch § 60.

[5] Eine volle Adoption (s. g. adoptio plena) ist immer die Arrogation; die Adoption im engeren Sinne ist dann eine volle Adoption, wenn das Kind entweder einem leiblichen Ascendenten oder einem Fremden von seinem Großvater bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird. L. 10 C. 8, 47 [48], § 2 I. 1, 11. Vgl. II § 524.

[6] L. 23 D. 1, 7, l. 1 § 4 D. 38, 8, l. 4 § 10. l. 5 D. 38, 10; l. 1 § 6. l. 4 D. 38, 6, l. 3 D. 38, 8, § 11 I. 3, 1. Daß dieß auch für das heutige R. noch gelte, ist die herrschende Meinung. [So auch RG. XXXI S. 187 fg.] Dagegen behauptet Sintenis III § 139 [35], es sei für das heutige R. jene Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft mit dem antiquirten Begriff der „Agnatel" weggefallen, vielmehr begründe nach heutigem Re die Adoption nur ein Verwandtschaftsverhältniß des Adoptivkindes zum Adoptivvater und dessen in seiner Gewalt befindlichen Kindern und ferneren Descendenten. Ebenso Brinz 2. Aufl. I S. 170. III S. 129 (welcher in der ersten Aufl. S. 30. 802. 803 die Adoptivverwandtschaft sogar auf den Adoptivvater einerseits und das Adoptivkind und dessen Nachkommen andererseits beschränken wollte). Ebenso Dernburg III § 30 [8], § 135, 2. Arndts Pandekten § 425 [1] (vgl. RLex. III S. 686) erklärt wenigstens den Zweifel für berechtigt, „ob dem heutigen

Notherbenrecht) für das Adoptivkind dem Adoptivvater gegenüber [7] (nicht umgekehrt); c) wenn sie durch eine Frau geschieht, Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirten und der Adoptivmutter mit gegenseitigem Erbrecht [8]. Die Rechte der Blutsverwandtschaft in der natürlichen Familie werden von der Adoption nicht berührt [9]; der Adoptirte beerbt daher seine Blutsverwandten und wird von denselben beerbt (in Gemeinschaft mit den betreffenden Adoptivverwandten) als wenn er nicht adoptirt worden wäre [10]. — Uneheliche Kinder haben eine Mutter und mütterliche Verwandschaft, wie eheliche [11], und zwar ohne daß eine Ausnahme [12] für die in blutschänderischer Verbindung [13] oder

---

Rbewußtsein eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche". Nach der Meinung Puchta's § 445 a. E. soll „nach dem Geist des neueren R." zu behaupten sein, daß die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters nur bis zum Tode dieses letzteren dauere; so auch Köppen Grundriß § 46 a. E. Gegen Alles dieß s. Schirmer Note [26], Köppen Lehrb. S. 390. 391. Das Reichsgericht gewährt den Descendenten des Adoptirten Erbr. gegen den Adoptirenden auch wenn sie nicht in seiner väterlichen Gewalt stehen, weil nach heutigem R. die Adoption zunächst ein Kindesverhältniß als solches, väterliche Gewalt, wenn sie im concreten Fall zur Entstehung gelangen könne, nur als Folge des Kindesverhältnisses begründe, Entsch. VI S. 171. Das ist nicht mehr Rsanwendung, sondern Rschaffung.

[7] L. 10 C. 8, 47 [48], § 2 I. 1, 11, § 14 I. 3, 1.

[8] L. 5 C. 8, 47 [48]. Vgl. § 524 [9].

[9] L. 1 § 4 D. 38, 9, l. 4 § 10 D. 38, 10, § 3 I. 3, 5.

[10] Nach älterem Re beerbte aber der Adoptirte seinen Vater (Großvater) als Kind (Enkel) in der Klasse unde liberi nur wenn der Adoptivvater ein väterlicher Ascendent war. Gai. III, 31, § 3 I. 3, 5, § 13 I. 3, 1, l. 3 § 7. 8. l. 21 § 1 D. 37, 4. Durch l. 10 C. 8, 47 [48] ist dieß (für den Fall der adoptio plena) nicht geändert worden; nach der Nov. 118 aber, welche die cognatischen Descendenten ohne alle Unterscheidung beruft, müssen auch die in Adoption befindlichen Descendenten den Vater in der ersten Klasse beerben. — Doch ist das hier Gesagte nicht allgemein anerkannt. Es wird behauptet, die l. 10 C. cit. habe dem Adoptirten dem leiblichen Vater gegenüber alles Erbr. (Mühlenbruch), oder doch das Kindeserbr. entzogen (Büchel), oder es wird geleugnet, daß durch die Nov. 118 die bezeichnete Veränderung getroffen worden sei (so außer Mühlenbruch auch v. Löhr, der umgekehrt nach der Novelle das Kind in allen Fällen nur in der vierten Klasse will erben lassen). S. dagegen Arndts, Vangerow, Schirmer a. a. OO. (den letzteren Note 17. 25 Nr. 1), Köppen Lehrb. S. 391. 392. Ueber das Erbr. der natürlichen Familie gegenüber dem Adoptivkinde s. noch Vangerow a. a. O. a. E., Schirmer Note [25 Nr. 2] und die Citate daselbst.

[11] L. 2. 4. 8 D. 38, 8, l. 4 § 2 D. 38, 10, § 7 I. 3, 3, § 3 I. 3, 4. Schirmer § 12 [87]. Sf. I. 256, vgl. XXIX. 143.

[12] Vgl. zum Folgenden: Glück S. 490. 506. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen I Nr. 8 (1817). Spangenberg. ACPra. XII S. 447 fg. (1829). Schirmer S. 225—231. Vangerow II § 413 Anm. 2. Köppen Lehrb. § 61.

im Ehebruch erzeugten Kinder [14] gemacht werden dürfte [14a]. Dagegen haben uneheliche weder einen Vater noch väterliche Verwandtschaft [15],

---

[13] Nach r. R. gilt eine Ausnahme für die incestuosi allerdings, l. 6 C. 5, 5, Nov. 12. Aber das r. R. ist durch das StGB. beseitigt worden. Denn die besondere Behandlung der incestuosi ist vom r. R., auch was die Kinder selbst angeht, als Strafe des Incestes gedacht, und s. II § 326 [4] und StGB. § 173. Vgl. 535 [9 lit. e]. — Nach einer andern Meinung soll bereits nach r. R. ein Ausschluß der incestuosi von der mütterlichen Erbschaft nicht anerkannt werden dürfen. Roßhirt Einleitung in das Erbr. S. 212, Mühlenbruch XXXV S. 158, Fritz in seiner Ausgabe von Wening-Ingenheim's Lehrbuch § 433 [w], Vangerow § 413 Anm. 2, Sintenis III § 162 [8], Keller Pand. § 467, Bering S. 648, Schirmer § 12 [41], Sf. I. 257. Aber diese Meinung halte ich nicht für begründet. Man hat hauptsächlich geltend gemacht, daß die l. 6 cit. durch Nov. 12, welche über die incestuose Mutter die Vermögensconfiscation verhängt hat, aufgehoben worden sei (vgl. § 535 [9 lit. e]). Man hätte hinzufügen können, daß Nov. 12 ausdrücklich erklärt, es sei unbillig, das Verbrechen der Eltern an den unschuldigen Kindern zu rächen, und daß sie demgemäß, was die bereits vor Nov. 12 geschlossenen Verbindungen angeht, den Kindern Erbr. gegen ihre Eltern (mit gewissen Beschränkungen) nicht versagt. Aber auf der andern Seite schließt das Gesetz die Kinder, welche aus einer von nun an einzugehenden blutschänderischen Verbindung geboren werden würden, von dem Vermögen der Eltern (was die Mutter angeht s. c. 1 i. f.) vollständig aus; wenn man gesagt hat, es ziehe sie nur dem Fiscus nicht vor, so trifft man damit gewiß nicht den eigentlichen Sinn Justinian's — er nimmt den Eltern ihr Vermögen, und gibt es denjenigen, welche es nach seiner Meinung würdig sind zu haben, den aus gültiger Ehe Gebornen, in Ermangelung Solcher dem Fiscus. Hierzu kommt, daß Justinian nicht nur in Nov. 74 c. 6 und Nov. 89 c. 15 die incestuosi von jeder Erbfolge in das Vermögen des Vaters ausschließt, sondern auch in Nov. 139 (vgl. Nov. 154) ihre Erbunfähigkeit den Eltern überhaupt gegenüber als geltendes R. behandelt. Vgl. auch Brinz 1. Aufl. S. 804, Köppen System § 5.[37] zweite Hälfte. — Glaubt man die hier behauptete Aenderung durch das StGB. nicht anerkennen zu dürfen, so wird man noch Folgendes zu bemerken haben. a) Die römischen Gesetze sprechen nur von einer incestuosen Ehe, und dürfen auf geschlechtliche Verbindungen, welchen nicht die Absicht der Ehe zu Grunde liegt, nicht ausgedehnt werden. Dawider Glück § 136 und die daselbst Citirten, Roßhirt Einleitung in das Erbr. ꝛc. S. 213; aber s. v. Bülow und Spangenberg a. a. OO., Francke R. der Notherben S. 180, Mühlenbruch XXXIX S. 344 fg., Schirmer § 12 [42], Holzschuher II § 134 Nr. 2. b) Da die in putativer Ehe erzeugten Kinder überhaupt den ehelichen rlich gleichstehen ([17]), so fällt jedenfalls bei ihnen auch die Erbunfähigkeit gegen die Mutter wegen Incestes weg.

[14] Für die adulterini darf eine Ausnahme bereits nach r. R. nicht anerkannt werden, während allerdings eine wenigstens früher sehr verbreitete Ansicht (vgl. Glück S. 501) sie den incestuosi gleichstellte. Diese Ansicht stützte sich namentlich auf den Ausdruck der Nov. 89 c. 15: „qui ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit“, dessen wirklicher Sinn doch nach Nov. 12 c. 1: „si quis nuptias illicitas et contrarias naturae (quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat) contraxerit“ keinem Zweifel unterliegt. Gegen diese Ansicht s. v. Bülow und Spangenberg a. a. OO.,

mit Ausnahme der Legitimirten [16] und der aus einer putativen Ehe Erzeugten [17]. Eine weit verbreitete Praxis gibt Erbrecht gegen den Erzeuger, und zwar Kindeserbrecht, auch den Brautkindern [18]. Ueber den Anspruch anderer unehelicher Kinder auf einen Theil des Nachlasses s. § 574 Ziff. 3.

b. **Ordnung der Berufung.**

§ 572.

Die Verwandten werden berufen nach folgenden Klassen, von denen je die vorhergehende die nachfolgende ausschließt.

1. Descendenten [1]. Berufen werden sämmtliche Descendenten, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt [2] und Geschlecht [3], und ohne

---

Roßhirt Einleitung in das Erbr. S. 215, Francke R. der Notherben S. 179 [20] Mühlenbruch XXXV S. 160, Arndts RLex. III S. 684, Köppen System § 5 [37 a. E.], Vangerow a. a. O., Holzschuher II § 134 Nr. 2. Doch nimmt Schirmer a. a. O. [48] für die Ausdehnung der römischen Bestimmung auf die adulterini eine gemeinrliche Praxis in Anspruch.

[14a] Die Ausnahme, welche das r. R. in Betreff der Kinder einer mater illustris macht (sie sollen nicht mit ehelichen erben, l. 5 C. 6, 57), ist heutzutage deßwegen unpraktisch, weil wir illustres im Sinne der byzantinischen Rangordnung nicht haben. Vgl. Glück S. 521—523, Mühlenbruch XXXV S. 158, Schirmer § 12 [38].

[15] S. I § 56b [4], und außerdem noch l. 4 D. 38, 8, § 5 [4] I. 3, 5.

[16] S. § 522.

[17] S. I § 56b [5]. Es wird aber öffentlicher Abschluß der Ehe, d. h. (nach heutigem R.) vorhergehendes Aufgebot verlangt, c. 3 § 1 X. 4, 3. Befindet sich einer der Ehegatten nicht im Irrthum, so hat dieser Erbr. nicht. Vgl. Glück § 156, Schirmer § 12 S. 213—215, Holzschuher II § 134 Nr. 6.

[18] Verlangt wird aber ein gültiges Verlöbniß, und daß die Vollziehung der Ehe durch den Tod eines Theils oder grundlose Weigerung des Vaters unmöglich geworden sei. Vgl. Uihlein ACPra. XIII S. 121 fg. (1830), Pfeiffer prakt. Ausführungen VIII S. 401 fg. (1846); Glück § 155, Mayer I § 81 Note 6—8, Schirmer § 12 S. 215—218; Roth II § 153 [24], Stobbe IV § 261 II; Holzschuher II § 134 Nr. 5. Sf. VIII. 65, XV. 143, XIX. 166, XXVI. 146. Ein festes Gewohnheitsr. leugnen die von Heffter ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XX S. 256 fg. mitgetheilten Erkenntnisse der Juristenfacultäten zu Berlin, Marburg und Heidelberg, ferner die Erk. der OAG. zu Rostock bei Sf. XII. 344 (Buchka und Budde Entscheidungen II S. 252 fg.), Berlin XXV. 40, München XXXII. 252 und des RG. Entscheid. V S. 168 vgl. auch Sf. V. 200. — Erbr. der Brautkinder auch gegen die Verwandten des Vaters? Schirmer a. a. O. S. 219. Sf. VIII. 65. Des Vaters gegen das Brautkind? Zimmermann ACPra. XXXVIII S. 194 fg., Schirmer a. a. O. Note [19], Sf. VIII. 66, IX. 189.

§ 572. [1] Nov. 118 c. 1.

[2] Nov. 118 l. c.: — „sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit". Das alte

Rücksicht auf Gradesnähe [3]; nur wird der dem Grade nach fernere Descendent nicht berufen, wenn der ihm vorangehende Ascendent noch lebt [4]. — Getheilt wird zwischen den mehreren Berufenen nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen, d. h. die Erbschaft wird zunächst in so viele Theile zerlegt, als der Erblasser lebende Kinder oder gestorbene Kinder mit lebenden Nachkommen hinterlassen hat, und das auf jeden Stamm Fallende wird in derselben Weise weiter vertheilt [5].

Civilr. berief nur die in väterlicher Gewalt stehenden Descendenten, der Prätor (unter der technischen Bezeichnung liberi) außerdem die Emancipirten und solche, bei welchen die Abwesenheit der väterlichen Gewalt nur Zufall, nicht Nothwendigkeit war; die übrigen cognatischen Descendenten haben Erbr. vor Ascendenten und Seitenverwandten erst durch das SC. Orfitianum (unter K. Marcus) und die nachconstantinische Gesetzgebung erhalten.

[3] Nov. 118 l. c.: — „cuiuslibet naturae (φύσεως)", „cuiuslibet sexus". Und dann: „nulla introducenda differentia sive masculi sive feminae sint". Einen Vorzug des männlichen Geschlechts vor dem weiblichen hat übrigens das r. R. in der Klasse der Descendenten nie gekannt.

[4] Nov. 118 l. c.: — „cuiuslibet . . gradus". Und dann: „in hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus". Ferner: — „sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere". — Auf den Ausdruck in locum succedere, welcher auch sonst vorkommt (so in § 6 I. 3, 1: — „aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere", § 15 i. f. eod.: „lex duodecim tabularum . . filio mortuo nepotes vel neptes in locum . . patris sui ad successionem avi vocat", Gai. III, 7. 8, Ulp. XXVI, 2, vgl. auch Note [11]), hat man die Anschauung gegründet, daß die dem Grade nach ferneren Descendenten nicht aus eigenem Re, sondern aus dem Re ihres vorverstorbenen parens, durch „Repräsentation" desselben („Repräsentationsr."), zur Erbfolge gelangen, und man hat nicht unterlassen, aus dieser Anschauung praktische Folgerungen zu ziehen, so z. B. daß der dem Grade nach Fernere nur dann berufen werden soll, wenn er seinen vorverstorbenen parens beerbt habe, und nur dann, wenn dieser erbfähig gewesen sei. Andere haben zwischen einer Repräsentation der Person und einer Repräsentation des Grades, oder zwischen einer Repräsentation zum Behuf des R. der Erbfolge und einer Repräsentation zum Behuf der Erbtheilung, unterschieden, in dem Sinne, daß der fernere Descendent zwar aus eigenem R. zur Erbfolge gelangen soll, aber jedenfalls für die Erbtheilung als Vertreter seines vorverstorbenen parens anzusehen sei, und daher sich z. B. die Schulden desselben gegen den Erblasser auf seinen Erbtheil anrechnen lassen müsse. Vgl. Glück § 23—26 und die das. Citirten. Jetzt ist die ganze Vorstellung wohl vollständig aufgegeben, während sie z. B. im Code civil zur gesetzlichen Anerkennung gelangt ist. Vgl. Francke Beiträge I S. 176 fg., Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 217 fg. Schirmer § 14 S. 246 fg., Vangerow II § 414 [3], Sintenis II § 163 [11], Unger § 33 [4], neuestens Kohler ACPra. LIX S. 88 fg. und ZS. f. französ. CR. VII S. 113 fg. Vgl. auch Holzschuher II § 134 [2].

[5] Oder: die dem Grade nach ferneren Descendenten bekommen zusammen den Theil, welchen ihr verstorbener parens erhalten haben würde, wenn er selbst

Mehrfache Verwandtschaft gibt daher mehrfachen Theil [6]. — Die erbenden Descendenten bekommen dasjenige, was sie erben, nicht nothwendigerweise auch zum Genuß. a) Stand der Erblasser unter väterlicher Gewalt, so behält dessen Vater den ihm zustehenden Nießbrauch [7]. b) Wenn eine Mutter von ihren Kindern oder eine Großmutter von ihren Enkeln ꝛc. beerbt wird, so erhält der Vater bez. Großvater ꝛc. derselben (der Ehemann der Erblasserin), auch wenn er die Kinder nicht in der Gewalt hat, den Nießbrauch an einem Kopftheile [8]. — Ist der Erblasser mehrere Male verheirathet gewesen, so bekommen die Kinder der zweiten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe zum Voraus [9].

---

zur Erbfolge gelangt wäre. Nov. 118 l. c.: — „tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas". Vgl. § 6 I. 3, 1 (Gai. III, 8): „Et quia placuit, nepotes neptesque . . in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam habeat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam . . ". L. 2 C. 6, 55. Wenn Enkel bloß von Einem Sohne oder Einer Tochter, oder wenn von mehreren Söhnen oder Töchtern Enkel in je gleicher Zahl vorhanden sind, so führen Kopf- und Stammtheilung zu demselben Resultate. Dennoch ist es nicht ohne praktisches Interesse, festzuhalten, daß ihre Theile nicht ursprüngliche, also Kopftheile, sondern daß sie durch Zerlegung eines Stammtheiles entstanden sind. Vgl. z. B. § 574 [8], Büchel Streitfragen S. 226 fg., Schirmer S. 273 fg., Vangerow II § 415 Anm. 1.

[6] So erhalten doppelten Theil Kinder von Geschwisterkindern neben anderen Urenkeln.

[7] Schon vor der Nov. 118 wurde das der Gewalt unterworfene Kind in sein peculium adventicium und castrense von seinen Descendenten wie ein Gewaltfreier beerbt. L. 11 C. 6, 59, l. 6 § 1 C. 6, 61, pr. I. 2, 12 (vv. „nullis liberis vel fratribus superstitibus"). Vgl. Schirmer S. 172 fg., Vangerow II § 409 Anm. Nr. IV, Fitting das castrense peculium S. 341. Justinian hat dieß in Nov. 118 noch einmal bestätigt („Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii . . etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est"), dabei aber ausdrücklich hinzugefügt: „nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari nostras de his omnibus leges parentibus custodimus". Vgl. § 525 [21].

[8] L. 3 C. 6, 60. Die Stelle spricht zwar einerseits nur von Emancipirten, aber doch andererseits auch von Enkeln von Töchtern. Vgl. überhaupt und im Besonderen über die Berechnung des Antheils des Großvaters Enkeln gegenüber: Schrader Abhandlungen aus dem Civilr. Nr. 4, Glück § 84, Schirmer S. 294 fg., Vangerow II § 415 Anm. 2 Nr. 3, Sintenis III § 165 Anm. 4. Unpraktisch nach der Behauptung Dernburg's III § 132 [4].

2. [10] Ascendenten, vollbürtige Geschwister und verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder [11] (nicht fernere Descendenten [12]). — Bei den Ascendenten entscheidet Gradesnähe; mehrere dem Grade nach gleiche theilen, wenn sie der nämlichen Linie angehören, nach Köpfen; wenn sie verschiedenen Linien angehören, erhält jede Linie die Hälfte, und erst die auf jede Linie fallende Hälfte wird unter die derselben Angehörigen nach Köpfen vertheilt [13]. — Geschwister erhalten je gleichen Theil; wenn Geschwisterkinder mit ihnen erben, so erhalten diese zusammen den Theil ihres vorverstorbenen Vaters oder ihrer vorverstorbenen Mutter [14]. Geschwisterkinder allein theilen nach

[9] Wie an die Kinder der ersten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe sofort mit Eingehung der zweiten Ehe gefallen ist. S. § 511, 1 und speciell Note [7].

[10] Nov. 118 c. 2. 3 pr., Nov. 127 c. 1.

[11] Auch von den Geschwisterkindern heißt es in der Novelle, daß sie in parentum locum, ein anderes Mal, daß sie in parentum iura (δίκαια) succedunt, und so hat man auch für sie ein „Repräsentationsr." mit den daraus hergeleiteten Consequenzen angenommen. S. Note [4] und die Citate daselbst. (Nach der Theorie Glück's a. a. O. soll bei ihnen nicht bloß die Erbtheilung, sondern auch das R. der Erbfolge auf der Repräsentation beruhen.) — Uebrigens beruft die Nov. 118 Geschwisterkinder nur neben Geschwistern, während sie ihnen ausdrücklich Erbr. für den Fall versagt, daß neben den Geschwistern auch Ascendenten vorhanden sind. Dieß ist erst durch Nov. 127 c. 1 geändert worden. — Daß Geschwisterkinder neben Ascendenten auch dann erben sollen, wenn keine Geschwister vorhanden sind, ist auch in der Nov. 127 nicht ausdrücklich gesagt, liegt aber gewiß im Sinne des Gesetzgebers. Wenn auch dieß von Andern bestritten wird, so ist doch jedenfalls für die Concurrenz der Geschwisterkinder eine constante Praxis. Vgl. Glück S. 639 fg., Arndts RLex. V S. 692, Büchel Streitfragen rc. S. 170, v. Helmolt civil. Abhandlungen Heft 1 S. 12 fg., Puchta Vorl. zu § 457, Schirmer § 14 [22], Vangerow II § 416 Anm. 1 (S. 54). Auch die bezeichnete Praxis leugnet übrigens das Erk. des OAG. zu Celle bei Sf. V. 300.

[12] Nov. 118 c. 3 pr.: — „Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur".

[13] Nov. 118 c. 2: — „Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximo gradu inveniuntur, masculos et feminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit". S. g. Theilung in lineas (der Ausdruck ist ohne quellenmäßigen Anhalt), eine Combination von Stamm- und Kopftheilung. Glück S. 644 fg., Schirmer § 16 [35], Vangerow II § 416 Anm. 2 Nr. 1. — Davon, daß das väterliche Vermögen an die väterlichen, das mütterliche an die mütterlichen Ascendenten falle, weiß das r. R. nichts. Vgl. Schirmer § 16 [50].

Köpfen[15]. — Concurriren Ascendenten mit Geschwistern[16] oder Geschwisterkindern, so wird nach Köpfen getheilt[17]; nur daß die Geschwisterkinder zusammen nur Einen Theil erhalten[18]. — Auch in dieser Klasse gibt doppelte Verwandtschaft doppelten Theil[19]. Ob der Erblasser unter väterlicher Gewalt stand oder nicht, ist auch in dieser Klasse gleichgültig[20]. Der Nießbrauch des Gewalthabers am Vermögen des Erblassers hört in dieser Klasse mit dessen Tode auf[21].

---

[14] Nov. 118 c. 3 pr.: — „Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset". Nov. 127 c. 1.

[15] So entschied der Reichstag von Speier 1529 (§ 31) einen seit der Zeit der Glossatoren über diesen Punkt geführten Streit, gewiß gegen den Sinn des Gesetzes. Vgl. Glück S. 664 fg., Büchel Streitfragen S. 190 fg., Schirmer § 16 S. 277—283, Vangerow II § 416 Anm. 2 Nr. 3, Stintzing Geschichte der deutschen RWissenschaft I S. 167.

[16] Ueber die Meinung einiger Aelteren, daß neben Geschwistern nur Vater und Mutter, nicht die ferneren Ascendenten gerufen würden, s. Glück S. 632 fg., Schirmer § 14 [18].

[17] Nov. 118 c. 2: — „Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem . .". Nov. 127 c. 1: — „cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset". Vgl. Schirmer § 16 [28. 29].

[18] Glück S. 654 [[— 656.]].

[19] Der Fall ist näher so zu denken, daß der Erblasser Kind von Geschwisterkindern ist, und außer den gemeinschaftlichen Großeltern seiner Eltern oder Einem derselben noch andere Urgroßeltern hinterläßt.

[20] Nov. 118 c. 2: — „differentia nulla servanda . . sive . . suae potestatis sive sub potestate fuerit is, cui succedunt". Ueber das R. des Gewalthabers an dem Vermögen des ohne Descendenten gestorbenen Hauskindes vor der Nov. 118 (zuletzt l. 7 § 1 C. 6, 56, l. 11 C. 6, 59, l. 6 § 1 C. 6, 61, pr. I. 2, 12 vv. „nullis liberis vel fratribus superstitibus") vgl. Schirmer S. 172 fg., Vangerow II § 409 Anm. Nr. IV, Fitting das castrense peculium S. 341 fg. — Ob auch das dem parens manumissor auf Grund der Emancipation im älteren R. zustehende Erbr. (Schirmer S. 185 fg., Vangerow II § 469 Anm. Nr. V, Schmidt das Pflichttheilsr. des Patronus und des Parens Manumissor S. 153 fg.) durch die Nov. 118 ganz beseitigt worden sei, ist nicht ganz unbestritten. Dawider Mayer in seinem Programm de hereditate parentis manumissoris (1832) und Erbr. § 85 [5] (welcher aber für das heutige R. die Fortdauer dieses Erbr. nicht in Anspruch nimmt); dafür die Mehrzahl der Schriftsteller und namentlich Francke in seinem Programm de manumissorum successione (1835), Mühlenbruch XXXV

3. Halbbürtige Geschwister und verstorbener halbbürtiger Geschwisterkinder (nicht fernere Descendenten). Theilung wie bei vollbürtigen Geschwistern [22].

4. Alle anderen Verwandten, mit Vorzug des dem Grade nach Nächsten und mit gleicher Theilberechtigung der dem Grade nach Gleichen [23]. Vollbürtige Verwandtschaft gibt in dieser Klasse einen Vorzug vor der halbbürtigen nicht [24].

S. 219 fg., Arndts RLex. V S. 681 fg., Schirmer § 10 [157a], Schmidt a. a. O. S. 163 fg.

[21] Er ist durch den an ihn gefallenen Theil der Proprietät entschädigt. Die Nov. 118 fährt nach den in Note [17] citirten Worten so fort: „nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem". Man hat wohl diese Worte dahin verstehen wollen, daß durch sie nur der Erwerb eines neuen Nießbrauchs an dem an die gewaltunterworfenen Geschwister gefallenen Theil des peculium castrense und peculium adventicium extraordinarium des Erblassers ausgeschlossen werden solle; s. darüber und dagegen Glück § 174, v. Löhr ACPra. X S. 165 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 206 fg., v. Buchholtz das. XIV S. 295 fg., Schirmer S. 296 [60], Vangerow II § 416 Anm. 3. Andererseits ist auch, wenn gleich nur vereinzelt, die Meinung aufgestellt worden, daß die bezeichneten Worte nur die Fortdauer des bestehenden Nießbrauches, nicht aber den Erwerb eines neuen ausschließen wollen, s. dagegen v. Buchholtz a. a. O. S. 301 fg.

[22] Nov. 118 c. 3. — Halbgeschwister sind auch uneheliche Kinder der Mutter, sowie Adoptivkinder des Vaters. Ueber die Frage, ob Adoptivkinder nicht wenigstens dann Vollgeschwister sind, wenn sie von derselben Mutter geboren sind, vgl. einerseits Arndts RLex. V S. 690 [148], andererseits Schirmer § 14 [17]. — Auch in dieser Klasse kann mehrfache Verwandtschaft mit Anspruch auf mehrfachen Theil vorkommen, wenn nämlich s. g. zusammengebrachte Geschwister (Kinder aus früheren Ehen ihrer Stiefeltern) sich verheirathen, und ein Kind derselben neben den Geschwistern seiner Eltern erbt. Eine früher sehr verbreitete, auf l. 13 § 2 C. 6, 58 gestützte Meinung, wonach, wenn Halbgeschwister von Vaters- und von Mutterseite erben, jene das väterliche, diese das mütterliche Vermögen zum Voraus haben sollen, ist jetzt aufgegeben. Vgl. Glück S. 712 fg., Francke Beitr. Nr. 7, Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilr. Nr. 7, Schlesinger ACPra. L S. 137 fg. (welcher im Resultate mit den beiden zuvor genannten Schriftstellern einverstanden ist, nicht aber in der Auslegung der l. 13 C. 6, 58), Vangerow II § 417 Anm. und die übrigen das. Citirten.

[23] Nov. 118 c. 3 § 1. — „Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant".

[24] Das Gesetz weiß von einem solchen Vorzug Nichts, während es ihn unmittelbar vorher für die Klasse der Geschwister ausdrücklich hervorhebt.

C. Successive Berufung*.

§ 573.

Successive Berufung ist die Berufung, welche zu Gunsten des in der Erbfolgeordnung Folgenden eintritt, wenn der vor ihm Berufene, in dessen Ermangelung er sofort berufen worden sein würde, die Erbschaft nicht erwirbt [1]. Die successive Berufung schreitet nicht bloß von Klasse zu Klasse fort [2], sondern auch innerhalb derselben Klasse von Grad zu Grad [3], und sie schreitet von Grad zu Grad nicht bloß dann fort, wenn in dieser Klasse Gradesnähe entscheidet, sondern auch dann, wenn die dieser Klasse Angehörigen ohne Rücksicht auf Gradesnähe gerufen werden [4]. Sie tritt ferner nicht bloß

* Glück § 66. 102—106. 144. 151—152. Mayer § 65. 80. Arndts S. 693—696. Bering S. 432. 581. 620. 665. Schirmer § 15. Vangerow II § 420. 421. Sintenis III S. 316 fg. Eine besondere, vorwiegend dogmengeschichtliche Behandlung dieser Lehre hat in der neueren Zeit J. Merkel (der Jüngere) gegeben: die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben, Tübingen 1876. (Vgl. kr. VJS. XIX S. 165 fg.).

§ 573. [1] Das Princip der successiven Berufung war dem Civilr. unbekannt; wenn der zunächst Berufene nicht Erbe wurde (was übrigens in der Klasse der sui nicht vorkommen konnte), so erfolgte eine weitere Berufung nicht. „In legitimis hereditatibus successio non est". Ulp. XXVI, 5, Paul. sentent. IV, 8 § 23, Gai. III, 12. 22, § 7 I. 3, 2. Das Princip der successiven Delation ist zuerst vom Prätor für seine bonorum possessio aufgestellt (Ulp. XXVIII, 11, l. 1 § 10 D. 38, 9, l. 2 pr. D. 38, 2, § 9 I 3, 9), dann von Justinian auch auf die civile Erbschaft übertragen worden, in einer verloren gegangenen Constitution (restituirt als l. 4 C. 6, 4), deren betreffende Bestimmung berichtet wird in § 7 I. 3, 2.

[2] S. g. successio ordinum.

[3] S. g. successio graduum.

[4] Der Fall ist näher so zu denken, daß ein dem Grade nach Fernerer von der Erbschaft durch einen ihn verdeckenden Ascendenten ausgeschlossen wird, und daß dann dieser Ascendent nicht erwirbt. Es wird also berufen, wenn das Kind nicht erwirbt, der Enkel ꝛc., wenn Bruder oder Schwester nicht erwerben, deren Kind; nicht aber wird berufen die folgende Klasse. Dieß ist in der neueren Zeit geleugnet worden, entweder für Enkel ꝛc. und Geschwisterkinder (Puchta § 458 [e] und Vorl. dazu), oder doch für die letzteren (Büchel Streitfragen ꝛc. S. 171 fg.). In der That ist es, was das ältere R. angeht, äußerst zweifelhaft, ob dasselbe auch in der Klasse der Descendenten (welche für das ältere R., dem eine Concurrenz zwischen Geschwistern und Geschwisterkindern unbekannt war, hier allein in Betracht kommen kann) eine successio graduum anerkannt habe; es ist äußerst zweifelhaft sowohl für die bonorum possessio, wie für die Justinianische Verordnung in Betreff der civilen Erbschaft, und jedenfalls liegt ein schwer zu beseitigendes Argument dawider in l. 34 C. 3, 28 (vgl. § 579 [9]). Vgl. namentlich Büchel Streitfragen ꝛc. S. 94 fg., Leist die Bonorum possessio II. 1 S. 248, Vangerow II § 407, Schirmer § 15 [15], Fitting ACPra. LIX S. 433 fg. Wie dem auch sein mag, so sollte jedenfalls für die No-

dann ein, wenn von den zunächst Berufenen Keiner erwirbt, sondern auch, wenn nicht Alle erwerben, für den Theil des Nichterwerbenden [5].

---

velle 118 nicht bezweifelt werden, daß dieselbe hinter den Descendenten und den Geschwisterkindern eine fernere Klasse nicht habe zulassen wollen, so lange ein erbfähiger Descendent oder ein erbfähiges Geschwisterkind vorhanden ist. Nov. 118 c. 1: „Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae aut gradus . . . omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur". c. 2: „Si igitur descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint . .". c. 3 § 1: „Si vero neque fratres neque filios fratrum . . defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus . .". Vgl. auch Büchel a. a. O. S. 114 fg., Arndts RLex. V S. 694, v. Helmolt civil. Abhandlungen Heft 1 S. 10 fg., Schirmer S. 260 fg., Vangerow II § 420 Anm., Kohler AcPra. LIX S. 106 fg., Merkel a. a. O. S. 113 fg., Dernburg III S. 270, Köppen Lehrb. § 64 [3]; speciell gegen Büchel Schirmer a. a. O. Note [23], Vangerow II § 416 Anm. 1 (S. 54 fg.).

[5] Eine äußerst bestrittene und wie sogleich hinzugefügt werden muß, mit Sicherheit kaum zu entscheidende Frage. Nach einer entgegengesetzten Ansicht soll der Theil des nicht Erwerbenden nicht weiter vergeben, sondern den zum Erwerb Gelangenden zugelegt werden (accresciren, anwachsen). Man hat daher auch die Frage so ausgedrückt: tritt successio graduum oder Accrescenzr. ein? Die einzelnen Fälle, um welche es sich hier handelt, sind folgende: a) Von zwei zusammen berufenen Descendenten erwirbt der eine nicht; fällt sein Theil an seine Kinder 2c., oder an den andern Berufenen? b) Es sind Geschwister zusammenberufen; fällt der Theil des nicht Erwerbenden an seine Kinder oder an den Mitberufenen? c) Es sind neben einem Ascendenten Geschwister oder Geschwisterkinder berufen; fällt der Theil des nicht erwerbenden Ascendenten an den dem Grade nach ferneren Ascendenten oder an die Geschwister bez. Geschwisterkinder? Daß in allen diesen Fällen Anwachsungsr. eintrete, ist von jeher die vorwiegende Meinung gewesen (vgl. Merkel S. 59 fg.), und noch heutzutage bekennt sich die Mehrzahl der Schriftsteller zu dieser Ansicht; v. Helmolt hat ihrer Vertheidigung eine besondere Schrift gewidmet (civilistische Abhandlungen Heft 1: das Accrescenzr. und die successio graduum der Novellen 118 und 127 [1855]; s. außerdem namentlich Büchel Streitfragen 2c. S. 82 fg., Mühlenbruch Forts. v. Glück XLIII S. 272 fg., Schirmer I S. 264 fg., Vangerow II § 420 Anm. S. 64 fg., Köppen Lehrbuch § 64 [4]. Fr. Ehlers successio graduum und ius accrescendi Bonn. Diss. 1890. Für die Anwachsung. Sf. XXVII. 148. Für die successio graduum dagegen haben sich in der neueren Zeit erklärt namentlich: Francke Beiträge Nr. 8, Mayer Anwachsungsr. S. 284 fg. und Erbr. I § 65 [4], Sintenis III § 163 [16], Brinz 1. Aufl. S. 808 fg. 2. Aufl. III S. 136 fg. (dieser jedoch mit einer Beschränkung), neuestens Fitting AcPra. LVII S. 160, Leonhard Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzr. nach r. R. (Halle 1874) (darüber vgl. Regelsberger kr. VJS. XVIII S. 265 fg.), Kohler AcPra. LIX S. 87 fg., Merkel a. a. O. S. 116 fg., Hofmann kr. Studien im r. R. S. 86 fg., Dernburg III § 134. Sf. XLIV 31. Nach meiner Meinung kommt es hierbei auf folgende Punkte an. 1) Ohne allen Zweifel werden Personen, welche zusammen berufen werden, jede auf die Erbschaft, auf die Erbschaft als Ganzes, berufen, und deßwegen nicht weniger auf die

Eine Aenderung in der Vertheilung der Erbschaft hat in diesem Falle die successive Berufung nicht zur Folge [6].

Wiederaufhebung des Erwerbes steht dem Nichterwerbe nicht in allen Fällen gleich [7].

Erbschaft, weil sie auf die Erbschaft zu einem Theile berufen werden. Daraus folgt, daß auch der Gegenstand ihres Erwerbes die Erbschaft ist, und daß sie von der Erbschaft Soviel erhalten, als der Mitberufene ihnen nicht nimmt. Man thut m. E. Unrecht, dieß zu bestreiten. Vgl. § 603 [1], § 604 [2]. 2) Aber ebenso Unrecht thut man, wenn man mit diesem Gesichtspunkt die ganze Frage für entschieden hält; denn wie oft bemerkt worden ist: warum sollte das R. nicht gerade so gut an Stelle eines Mitberufenen einen andern Mitberufenen setzen können, wie an Stelle eines Berufenen einen andern Berufenen? Und es thut das ja unbestritten in dem Falle, wo einem Miteingesetzten ein Vulgarsubstitut gegeben worden ist. Vgl. § 603 [10]. 3) So wird die ganze Frage zu einer Interpretationsfrage; was ist als der Wille Justinian's in Nov. 118 anzunehmen: daß für den Theil des Mitberufenen eine neue Berufung eintreten solle, oder nicht? Wenn man dabei ein entscheidendes Gewicht darauf hat legen wollen, daß Justinian fernere Descendenten und Geschwisterkinder an Stelle ihrer vorverstorbenen Eltern berufe, so ist es mir nicht zweifelhaft, daß ein argumentum a contrario aus dieser Fassung unzulässig ist; der Gesetzgeber hat eben an diesen Fall allein gedacht, denjenigen aber, welcher uns beschäftigt, sich nicht zum Bewußtsein gebracht. Sollen wir nun sagen, daß, eben weil der Gesetzgeber an diesen Fall nicht gedacht hat, er für denselben auch nichts habe vorschreiben wollen, daß also die Mitberufenen, um die es sich hier handelt, Mitberufene schlechthin, Mitberufene ohne gesetzliche Substituten sind? Dieß ist der Standpunkt von Schirmer. Ich bin anderer Ansicht. Wenn die Auslegung wirklich das Recht hat, welches ihr meiner Ansicht nach nimmer bestritten werden darf, auch den nicht gedachten Gedanken des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen (I § 22), so gebe ich gerne zu, daß man über den eigentlichen Gedanken Justinian's in diesem Falle, über den Gedanken, den er gedacht haben würde, wenn er auf diesen Fall aufmerksam geworden wäre, verschiedener Meinung sein kann: ich für meinen Theil aber kann es nicht für wahrscheinlich halten, daß Justinian den Enkel oder das Geschwisterkind zu Gunsten des Oheims oder der Tante ausgeschlossen, und überhaupt, daß er Gewicht darauf gelegt haben würde, ob der Umstand, welcher den im Grade Ferneren frei macht, vor oder nach dem Tode des Erblassers eingetreten ist. Vgl. auch Unger § 33 [2]. 4) Daß aus l. 2 § 18 D. 38, 17 keine Entscheidung hergenommen werden kann (welche übrigens für die hier vertheidigte Meinung ausfallen würde), darüber s. Schirmer § 15 [33] und die das. Citirten, Kohler a. a. O. S. 123 fg.

[6] Abgesehen natürlich davon, daß, wenn an die Stelle des nicht Erwerbenden Mehrere berufen werden, diese den Theil des nicht Erwerbenden unter sich zu theilen haben. Aber die Mitberufenen, welche zum Erwerbe gelangen, behalten was sie haben, sie erhalten in Folge der successiven Berufung nicht Mehr, nicht Weniger. Wenn also Geschwister und Ascendenten zusammen berufen sind, und es fallen die Ascendenten weg, so ändert sich durch den Wegfall der Ascendenten und den Eintritt einer größeren Zahl fernerer Ascendenten nicht der Kopftheil der Geschwister. Wenn Geschwisterkinder neben Geschwistern berufen sind, und an die Stelle der Geschwister treten ihre Kinder, so verwandelt sich nicht die Stammtheilung in Kopftheilung. Allerdings hat auch dieser Satz nichts für sich,

D. Außerordentliche Erbfolge.

§ 574.

Gewisse Personen erhalten einen gewissen Theil der Erbschaft, wer auch sonst Erbe werden mag; dieß ist es, was hier unter außerordentlicher Erbfolge verstanden wird [1].

1. S. g. Quart der armen Wittwe [2]. Die Wittwe des Erblassers [3], welche bis zum Tode desselben mit ihm in rechtsbeständiger

als einen Wahrscheinlichkeitsschluß. Die Frage ist die: ist anzunehmen, daß das Recht eine einmal angeordnete Vertheilung der Erbschaft in Folge eines später eintretenden Ereignisses wieder rückgängig machen wolle? Ich halte dieß nicht für wahrscheinlich. — Uebrigens hat die hier verhandelte Frage eine größere Tragweite. In hinreichender Allgemeinheit ausgedrückt lautet sie so: ändert sich der Vertheilungsmodus durch den Wegfall eines Mitberufenen, mag an seine Stelle ein Anderer treten, oder mag der Theil des Wegfallenden den anderen Berufenen anwachsen? In dieser Allgemeinheit wird die Frage verneint, also für die Vertheilung nach der Zeit des Anfalls entschieden, von Glück § 180, Büchel Streitfragen 2c. S. 230 fg., Mühlenbruch XLIII S. 292 fg., Arndts RLex. V S. 695—696, v. Helmolt a. a. O. S. 83 fg., Brinz 1. Aufl S. 811. 2. Aufl. III S. 142, Schirmer § 16 [42], Sintenis III § 164 [14], Vangerow II § 421 Anm., Leonhard a. a. O. (9), Köppen Lehrbuch § 64 a. E.; für die Bejahung der Frage, also für die Vertheilung nach der Zeit des Erwerbes: Mayer Anwachsungsr. S. 251 fg., Witte RLex. I S. 278 fg., und neuestens Fitting ACPra. LVII S. 161 fg. Vgl. § 605. Auch hier hat man sich auf l. 2 § 18 D. 38, 17 berufen ([5] a. E.); ferner auf l. 2 C. 6, 57, s. dagegen namentlich Büchel S. 250 fg., Vangerow a. a. O. a. E. Für die Vertheilung nach der Zeit des Anfalls Sf. XLIV. 196. [Mannes Bestimmt sich die Erbschaftsvertheilung nach dem Zeitpunkte der Acquisition oder der Delation der Erbschaft? Erl. Diss. 1897.]

[7] Dem Nichterwerbe steht gleich die Wiederaufhebung des Erwerbes des suus durch beneficium abstinendi, nicht dagegen die Wiederaufhebung des Erwerbes durch in integrum restitutio. L. 6 C. 6, 58, l. 2 D. 38, 9. Vgl. Schirmer § 15 [24—26].

[1] Andere gebrauchen diesen Ausdruck in anderem Sinne, zur Bezeichnung des Gegensatzes entweder zur Erbfolge der Verwandten, oder zur Erbfolge der Verwandten und des Ehegatten. § 574.

[2] Nov. 53 c. 6, Nov. 117 c. 5. Literatur: Martin Rgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegiums der Universität Heidelberg I S. 356 fg. (1808). v. Löhr Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. III S. 359—385 (1819). Ders. ACPra. XXII S. 1 fg. (1839). E. Petri das Pflichttheilsr. der armen Wittwe. Inaugural-Dissertation. Straßburg 1874. v. Kerstorf über die mulier indotata et inops nach gemeinem R. (Separatabzug aus der ZS. des Anwaltvereins für Bayern XVI Nr. 21—23, 1876). Glück § 117—126. Arndts S. 697 fg. Schirmer § 13 S. 233—244. Köppen Grundriß § 90. Sintenis III § 165 S. 329—337. Vangerow II § 488. [Graefe das Intestaterbr. der armen Wittwe u. s. w. Erl. Diss. 1899.]

[3] Die Nov. 53 c. 6 verlieh ein gleiches R., wie der Wittwe, auch dem Wittwer; dieß ist durch Nov. 117 c. 5 aufgehoben worden.

Ehe gelebt hat [4], erhält, wenn sie weder durch eine an sie zurückfallende Dos noch durch sonstiges Vermögen gegen Noth geschützt ist [5], neben allen Erben [6] den vierten Theil des Nachlasses, jedoch nicht mehr als hundert Pfund Goldes [7], und neben Kindern nicht mehr

[4] Andere fordern außer der Rbeständigkeit der Ehe fortdauerndes factisches Zusammenleben der Ehegatten, oder doch daß das factische Zusammenleben nicht durch die Schuld der Frau aufgehoben worden sei. Vgl. Glück S. 442 fg., Sintenis Anm. [2 Nr. 8], Schirmer Anm. [8a]. Dagegen Petri S. 16 fg. und ein Erk. des OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen VII S. 258 fg. (= Sf. XXVI. 45). In der That wird das bezeichnete Erforderniß durch die hier maßgebenden Worte der Nov. 53 c. 6: „si perduraverint semper cum eis" und der Nov. 117 c. 5: „et usque ad mortem cum ea vivens" nicht bewiesen, da mit diesen Worten, wie das Vorhergehende deutlich zeigt, nur der Gegensatz gegen die Scheidung bezeichnet werden soll. Ebensowenig ist beweisend die Analogie der b. p. unde vir et uxor (§ 570 [4]). [Wie hier: Sf. XLIX. 259.]

[5] Andere (z. B. v. Löhr a. a. O. S. 366 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1, Schirmer a. a. O. [5], v. Kerstorf a. a. O.) interpretiren die Nov. 53 c. 6 so, daß sie den Erbanspruch der Wittwe ausschließen wolle, wenn dieselbe irgend welche Dos habe. Ich glaube nicht, daß dieß richtig ist. Der Gesetzgeber geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß, wenn die Frau eine Dos habe, sie eben dadurch gegen Noth geschützt sein werde; aber wie er ausdrücklich anerkennt, daß geringes eigenes Vermögen dem Anspruch der Frau nicht entgegenstehe (— „si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam"), so liegt es gewiß nicht in seinem Sinne, daß dieser Anspruch durch eine geringe Dos ausgeschlossen werden solle. Der leitende Begriff ist für ihn der Begriff des Mangels, nicht der Begriff der Dos. S. auch Sintenis a. a. O. Anm. 2; ferner Schirmer a. a. O., welcher anerkennt, daß die Praxis auch die Wittwe mit geringer Mitgift zur Erbschaft ihres Mannes zulasse; Petri S. 24 fg. So auch Sf. XV. 231 Nr. 1. 2, Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII S. 259; anders Sf. IX. 47. — Was heißt das näher: die Frau ist nicht gegen Noth geschützt? Regelmäßig verlangt man Mangel standesgemäßen Unterhalts. Vgl. Glück S. 446 fg., v. Löhr S. 370 fg., Schirmer Anm. 2 a. E., Petri S. 21 fg., Sf. XV. 231 Nr. 1 a. E. 2, vgl. auch XVII. 263. [RG. XL S. 191 fg.]

[6] Die Gesetze gedenken ausdrücklich nur der Kinder, um so mehr muß die Frau neben ferneren Verwandten oder gar Fremden zugelassen werden. Neben Fremden — denn ihr Anspruch gilt gegenüber Testaments- wie Intestaterben. Vgl. namentlich Nov. 53 c. 6 § 2 i. f.: — „nisi tamen ipse vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit". S. § 593 [1—3].

[7] Die Nov. 53 c. 6 verweist auf frühere Bestimmungen, in welchen diese Beschränkung enthalten ist (l. 11 § 1 C. de rep. 5. 17, Nov. 22 c. 18), und Nov. 117 c. 5 erkennt ausdrücklich an, daß das von der Nov. 53 verordnete Viertel mit dieser Beschränkung zu verstehen sei. Die Meinung Köppen's aber (Grundriß S. 86), daß Nov. 117 c. 5 selbst diese Beschränkung habe fallen lassen, finde ich nicht gerechtfertigt. [Abrechnung dessen, was der Erblasser ihr letztwillig zugewandt hat: RG. XL S. 193 fg.; 100 Pfund Gold = 67,200 Mark: RG. XL S. 194 fg.]

als einen Kopftheil [8]; sind die Erben ihre eigenen Kinder aus ihrer Ehe mit dem Erblasser, so erhält sie dasjenige, was sie erhält, nur zum Nießbrauch [9]. Auch wenn sie ihren Theil zu Eigenthum erhält, ist sie nicht sowohl Erbin, als gesetzliche Vermächtnißnehmerin [10].

---

[8] Dieß ist neu verordnet durch Nov. 117 c. 5. Enkel eines verstorbenen Kindes zählen für Einen Kopf, und nicht bloß wenn mehrere Stämme erben. Vgl. § 572 [5 a. E.], Vangerow Nr. 3, Schirmer Anm. [11. 12], Petri S. 33 fg.

[9] Auch dieß ist eine Neuerung der Nov. 117 c. 2. Abweichende Ansichten: 1) die Wittwe habe nicht den Nießbrauch, sondern das Gebrauchsr., v. Buchholtz allgem. Halle'sche Literaturzeitung 1839 Bd. IV S. 492; dagegen Osenbrüggen zur Interpretation des Corpus iuris civilis S. 35 fg. Vgl. auch Schirmer Anm. [13]. 2) Die Wittwe habe nicht den Nießbrauch, sondern das Eigenthumsr., welches sie nur ihren Kindern erhalten müsse, aber zwischen denselben nach Willkür vertheilen könne; durch den Tod der Kinder werde das Eigenthumsr. der Wittwe unbeschränkt. So namentlich v. Löhr S. 377 fg., welcher aber später, in dem oben citirten Aufsatz im Arch. f. civ. Praxis, seine Meinung wieder zurückgenommen hat. Vgl. Vangerow Nr. 4, Schirmer Anm. [13], Petri S. 47 fg. — Wie ist es, wenn die Frau neben eigenen und Stiefkindern erbt? Die sachgemäße Entscheidung ist für diesen Fall ohne Zweifel die, daß sie dann das Eigenthumsr. nur an ihre eigenen Kinder verliere, und nur das Eigenthumsr. an demjenigen Theil ihrer Portion, den sie diesen entzieht. Aber die Nov. 117 c. 5 hat eine andere Entscheidung getroffen; Justinian schreibt hier unzweideutig vor, daß das Eigenthumsr. ganz an ihre eigenen Kinder fallen solle („dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit"). Man darf auch nicht sagen, daß Justinian hierbei stillschweigend voraussetze, daß andere als eigene Kinder nicht vorhanden seien, daß er an den Fall der Concurrenz von Stiefkindern gar nicht gedacht habe; denn von diesem letzteren Fall hat er unmittelbar vorher gesprochen („si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex ea sive ex alio matrimonio"). Doch sind die Ansichten hier sehr verschieden. Vgl. Vangerow Nr. 4 a. E., Schirmer Anm. [13 a. E.], Brinz 2. Aufl. III § 385 [27]. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII S. 270.

[10] Auch dieß ist bestritten: dagegen Glück S. 465 fg. und die das. Citirten, v. Löhr S. 381 fg., Arndts S. 698, Schirmer Anm. [15], Schröder Notherbenr. S. 284 fg., Dernburg III § 137, Sf. XV. 231 Anm. 1, Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII S. 259; dafür Vangerow Nr. 5, Sintenis § 165 Anm. [2 Nr. 2] (S. 333 fg.), Köppen Grundriß S. 87., Lehrbuch S. 399, Petri S. 40 fg. 51 fg. Ich halte die Gründe für die Annahme eines gesetzlichen Vermächtnisses für überwiegend. Es sind diese: 1) daß Justinian den Anspruch der armen Wittwe nachgebildet hat und durchaus gleichstellt dem Anspruch der vom lebenden Ehemann verstoßenen Ehefrau, in welchem Falle doch von einer Universalsuccession keine Rede sein kann; 2) daß ebensowenig von Universalsuccession in dem Fall die Rede sein kann, wenn die Frau nur Nießbraucherin wird, welchen Fall wieder Justinian mit dem Fall, wo sie Eigenthümerin wird, auf gleiche Linie stellt. Diesen Gründen setzt man nun zwar entgegen den Passus der Nov. 53 c. 6 § 1, wo es heißt: „Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam, subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valen-

Die Wittwe erhält nichts, wenn der Ehemann nicht wohlhabend gewesen ist[10a].

2. In gleicher Weise erhält der geschlechtsunreife Arrogirte, welcher von dem arrogirenden Vater ohne genügenden und richterlich gebilligten Grund emancipirt worden ist, aus dem Nachlasse desselben allen Erben gegenüber ein Viertel[11].

3. Nach einer sehr verbreiteten, aber nicht allgemein anerkannten Praxis erhalten uneheliche Kinder aus dem Vermögen ihres Vaters, wenn derselbe sie anerkannt und weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder hinterlassen hat, zusammen den sechsten Theil, von welchem sie jedoch ihrer Mutter einen Kopftheil abgeben müssen[12], und ein

---

tibus, *nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ*)". Aber wenn man diese Worte auch nicht mit Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 220 auf den Fall beziehen will, wo die Wittwe vom Manne zur Erbin eingesetzt worden ist (Nov. 53 c. 6 i. f.), so können dieselben doch im Zusammenhalt mit dem Vorhergehenden nicht anders verstanden werden, als dahin, daß die Frau für die Schulden des Mannes nur bis zum Betrage ihres Viertels aufzukommen habe, und damit ist ja ausgesprochen, daß sie eigentliche Erbin nicht ist. Vgl. auch Note [11 a. E.]. Das praktische Interesse der hier verhandelten Controverse stellt sich namentlich in den Fragen dar, ob die Wittwe auch ohne Antrittserklärung erwerbe, und ob ihr das Anwachsungsr. zustehe.

[10a] „Locuples" Nov. 53 c. 6. Sf. XLII. 222 (= Entsch. d. RG. XVI S. 153), XLIII. 126.

[11] S. g. quarta D. Pii, § 3 I. 1, 11, l. 22 pr. D. 1, 7, l. 2 C. 8, 47 [48], l. 13 pr. D. 38, 5. Dieser von Antoninus Pius eingeführte Satz steht im Zusammenhange der Fürsorge, daß die Arrogation eines Geschlechtsunreifen nicht zu Speculationszwecken mißbraucht werde, vgl. § 523[17]. § 524[5]. Deßwegen fällt auch der Anspruch des Arrogirten weg mit erreichter Pubertät; der Arrogirte kann nun, wenn die Arrogation ihm nachtheilig ist, Wiederaufhebung derselben beantragen, s. § 525[13]. A. M. Francke R. der Notherben S. 473; dagegen Vangerow I § 252 Anm. Nr. 3, Sintenis III § 139[48]. Dafür, daß der Arrogirte nicht sowohl Erbe als gesetzlicher Vermächtnißnehmer ist, s. l. 8 § 15 D. 5, 2 (— „quartam ei quasi aes alienum concedendam"), l. 1 § 21 D. 37, 6 (— „personalis actio est"); obgleich, da sein Anspruch immerhin auf eine Quote des Nachlasses geht, die Grundsätze von der Erbtheilung auf ihn Anwendung finden, l. 2 § 1 D. 10, 2.

[12] Das r. R. hat die im Text bezeichneten Bestimmungen in Nov. 18 c. 5 und Nov. 89 c. 12 für Concubinenkinder getroffen, und der Concubinat ist durch das c. R. (z. B. c. 6 Dist. 34) und Reichsgesetze (R. P. O. 1548 Tit. 25 § 1. 1577 Tit. 26 § 1) verboten. Daß jene Bestimmungen gewohnheitsrlich auf uneheliche Kinder überhaupt übertragen worden seien, wird namentlich vertheidigt in der Schrift von Mayer: das Intestaterbr, der liberi naturales nach dem heutigen r. R. (1838), und ist anerkannt in den Erkenntnissen bei Sf. I. 87 (OT. zu Stuttgart), I. 88 (OAG. zu Wiesbaden), VIII. 67 (OAG. zu Darmstadt [[festgehalten Sf. XLVI. 104 von dem OLG. Darmstadt auch gegen

gleiches Erbrecht steht dem unehelichen Vater seinerseits gegen die Kinder zu [13. 14].

[**§ 569.** — Vgl. Heymann die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem BGB. f. das Deutsche Reich. Jena 1896. Rüger sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. IX S. 407 fg. 1899.

I. Nach BGB. tritt die gesetzliche Erbfolge ein (vgl. § 570), wenn und soweit (s. S. 250) ein Erbe durch Testament oder Erbvertrag nicht berufen ist, also auch dann, wenn eine solche Verfügung zwar errichtet, aber nichtig ist, oder in Folge von Anfechtung als nichtig gilt, oder sonst, z. B. wegen Vorversterbens des Berufenen unwirksam ist, wenn der Berufene Erbverzicht geleistet hat (2352), ausschlägt (1953), oder für erbunwürdig erklärt wird (2344). Die gesetzlichen Erben können Vorerben vor dem aufschiebend befristet oder bedingt eingesetzten Erben (2104, s. S. 260), oder Nacherben nach dem auflösend bedingt oder befristet eingesetzten sein (2105 s. S. 263). Letzteren Falls aber gelten sie als Testaments- (oder Vertrags-) Erben, und es werden berufen diejenigen, welche die gesetzlichen Erben zur Zeit des Eintritts des Termins oder der Bedingung sein würden, während in allen anderen Fällen diejenigen berufen werden, welche zur Zeit des Todes die gesetzlichen Erben sind. Ist im Falle der Anfechtung nach dem Tode des Erblassers, der Ausschlagung, der Erbunwürdigkeit des eingesetzten Erben der danach berufene gesetzliche Erbe inzwischen verstorben, so fällt die Erbschaft an seinen Erben. Vgl. Strohal S. 23 fg.

II. Als gesetzliche Erben sind berufen die Verwandten des Erblassers und sein Ehegatte, eventuell der Fiscus. Uneheliche Kinder (§ 571 zu [11 fg.]) erben und werden beerbt, wie im gemeinen Recht, in der mütterlichen Familie (1705), aber nicht in der väterlichen. Kinder aus Putativehen (§ 571 zu [17])

---

das untencitirte Urtheil des RG. kraft eines hessischen Gerichtsgebrauchs]] s. auch Glück § 130, Sintenis § 165 [1], Schirmer § 12 [31 fg.], Brinz 2. Aufl. III S. 131. Dawider haben sich ausgesprochen die Erkenntnisse bei Sf. VI. 223 (OAG. zu Lübeck), XII. 343 (OAG. zu Rostock und OT. zu Berlin), VII. 202 (OAG. zu Celle), XXV. 40 (OAG. zu Berlin), XXIX. 42 (OT. zu Berlin), RG. XII S. 226. S. auch Holzschuher II § 134 Nr. 3. Böhlau Mecklenb. Landr. II S. 29 fg. 32 fg. — Anerkennung der Kinder durch den Vater ist erforderlich, weil sie sonst gar nicht behaupten dürfen, daß sie Kinder dieses Vaters seien. Das r. R. verlangt Aufziehung der Kinder im Hause. Sf. I. 88; XXIII. 236. — Wie wenn uneheliche Kinder von verschiedenen Müttern vorhanden sind? Sf. XXIII. 236. — Köppen Grundriß S. 18. System S. 37 fg. Lehrbuch § 61 [4] nimmt auch in diesem Falle ein gesetzliches Vermächtniß an, wie mir scheint ohne genügenden Grund. — Im Falle des Vorhandenseins einer Ehefrau oder ehelicher Kinder sollen die Erben nur zur Alimentation der unehelichen Kinder verpflichtet sein. Nov. 89 c. 12 § 6.

[13] Nov. 89 c. 13. Ist die Voraussetzung dieses Erbr., daß das uneheliche Kind, oder daß der Vater keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hinterlassen habe? Für das Erstere Schirmer § 12 [26]; für das Letztere Schlesinger ACPra. L S. 207 fg., welchem beizustimmen ist. Alimente aus dem Nachlasse erhält auch der natürliche Vater unter allen Umständen.

[14] Nov. 89 c. 15 nimmt Kinder aus incestuoser Verbindung aus; aber s. § 571 [13], und vgl. das. Note [14].

gelten, wie im gemeinen Recht, als eheliche (1699 fg.), aber der Vater hat, wenn er die Nichtigkeit der Ehe gekannt hat, kein Erbrecht (1701). Bei den Legitimirten (§ 571 zu [16]) ist zu unterscheiden: sind sie durch nachfolgende Ehe legitimirt, so stehen sie den ehelichen ganz gleich (1719); die Ehelichkeitserklärung von Staatswegen dagegen gibt zwar dem Kinde (1736) und dessen Abkömmlingen (1737 Abs. 1) Erbrecht gegenüber dem Vater (und umgekehrt) aber nicht gegenüber den Verwandten des Vaters (1737 Abs. 1).. Die erbrechtlichen Beziehungen des für ehelich Erklärten mit seinen Verwandten bleiben bestehen, werden aber durch das gesetzliche Erbrecht des Vaters, der neben die Mutter tritt, modifizirt (1737 Abs. 2).

Die *Annahme an Kindesstatt* (§ 571 zu [4 fg.]) begründet Erbrecht für das Kind (1757 Abs. 1) und seine Abkömmlinge, soweit sie überhaupt von der Annahme betroffen werden (1762), aber nur dem Annehmenden, nicht dessen Verwandten gegenüber (1763). Der Annahmevertrag kann das Erbrecht ausschließen (1767). Für den Annehmenden begründet die Annahme *kein* Erbrecht (1759). Die erbrechtlichen Beziehungen des Kindes mit seinen natürlichen Verwandten läßt sie unberührt (1764).

III. Die *Erbfolgeordnung der Verwandten* (§ 572) ist die s. g. Parentelenordnung. Angehörige einer späteren Ordnung sind erst berufen, wenn Niemand aus der früheren vorhanden ist (1930).

1. Die *erste Ordnung* bilden, wie im gemeinen Recht, die Abkömmlinge des Erblassers mit Ausschluß der ferner stehenden durch diejenigen, welche ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln und mit Stammtheilung (1924, vgl. 572 zu [4. 5.]).

2. Die *zweite Ordnung* bilden die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (1925 Abs. 1); fernere Ascendenten gehören nicht, wie im gemeinen Recht (572 zu [10]), der zweiten Klasse an; andererseits umfaßt dieselbe entgegen dem gemeinen Recht (§ 572 zu [11]. § 572, 3) nicht nur Geschwisterkinder, sondern auch fernere Abkömmlinge von Geschwistern, und nicht nur vollbürtige, sondern auch halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge, wiewohl die halbbürtigen zurückgesetzt sind. Leben die Eltern zur Zeit des Erbfalles, so erben sie allein und zu gleichen Theilen (1925 Abs. 2); sie haben nicht, wie im gemeinen Recht, mit den Geschwistern zu theilen. Wenn aber Vater oder Mutter nicht mehr lebt, so treten an Stelle des Verstorbenen seine Abkömmlinge und zwar nach gleichen Sätzen, wie sie für die Beerbung in der ersten Ordnung gelten. Sind Abkömmlinge des Verstorbenen nicht vorhanden, so erbt der überlebende Theil allein (1925 Abs. 3). Lebt der Vater noch, so erhält er die Hälfte der Erbschaft; die andere Hälfte erhalten die Abkömmlinge der verstorbenen Mutter, gleichviel ob sie zugleich von dem Vater des Erblassers oder von einem anderen Manne stammen; einseitige Abkömmlinge des Vaters des Erblassers dagegen erhalten nichts. Leben beide Eltern nicht mehr und sind vollbürtige Geschwister (oder Abkömmlinge von ihnen) vorhanden, so erhalten sie die ganze Erbschaft; sind vollbürtige und halbbürtige Geschwister (oder Abkömmlinge von ihnen) vorhanden, so erhalten die vollbürtigen Geschwister oder deren Abkömmlinge die eine Hälfte der Erbschaft allein, während sie die andere mit den halbbürtigen Geschwistern oder deren Abkömmlingen theilen. Sind beide Eltern verstorben und nur halb-

bürtige Geschwister oder Abkömmlinge von solchen vorhanden, so erhalten sie die ganze Erbschaft; denn sie müssen auch in die Hälfte einrücken, welche ihr Ascendent als Ersatzmann des anderen Elterntheils erhalten haben würde (1925 Abs. 3 S. 3). Ein anderes Ergebniß ist auch zufolge § 1930 nicht möglich.

3. In der dritten Ordnung stehen die Großeltern und deren Abkömmlinge (1926). Leben alle vier Großeltern, so erhält jeder ein Viertel (1926 Abs. 2). Für einen nicht mehr lebenden Großelterntheil treten seine Abkömmlinge ein; sind solche nicht vorhanden, der andere Theil desselben Großelternpaars, dann dessen Abkömmlinge (1926 Abs. 3), d. h. seine einseitigen (denn diejenigen, die er mit dem erstgenannten Großelterntheil gemein hat, stehen in Bezug auf dessen Viertel vor ihm). Lebt ein Großelternpaar nicht mehr und sind auch Abkömmlinge desselben nicht vorhanden, so erbt das andere Großelternpaar allein je zur Hälfte der Erbschaft. Wenn nicht beide Glieder dieses Paares leben, so treten die Abkömmlinge des verstorbenen, das andere Glied, dessen Abkömmlinge in derselben Weise ein, wie oben bemerkt (1926 Abs. 4). Der Eintritt von Abkömmlingen erfolgt in derselben Weise, wie in der ersten Ordnung (1926 Abs. 5).

3a. In der ersten, zweiten und dritten Ordnung erhält, wer mehreren Stämmen angehört, die aus jedem Stamm ihm gebührenden Theile (1927; vgl. § 572 zu [6, 19]). Jeder Theil gilt dabei als besonderer Erbtheil. Dieß soll zum Ausdruck bringen, daß jeder Theil für sich angenommen und ausgeschlagen werden kann (Mot. V S. 363). Streng genommen müßte freilich zu diesem Zwecke gesagt sein, daß die Berufung zu den verschiedenen Erbtheilen als auf verschiedenen Gründen beruhend angesehen werden soll (1951 Abs. 1). Aber auch so wie das Gesetz lautet, wird man es als einen hinreichenden Ausdruck seiner Absicht ansehen können. Vgl. übrigens unten zu § 594 fg. Andere Bedeutungen derselben Vorschrift ergeben sich z. B. bei der Ausgleichungspflicht. Wenn z. B. ein Urenkel des Erblassers als Kind von Geschwisterkindern die Theile seiner beiden verstorbenen Eltern erhält, so hat er die einem derselben gemachte ausgleichungspflichtige Zuwendung nur in Ansehung des von ihm herrührenden Erbtheils zur Ausgleichung zu bringen (2051. 2056); mit dem anderen Theil braucht er nichts beizutragen. Ebenso trägt der zu doppeltem Theil Berechtigte Vermächtnisse, die einem seiner Vormänner auferlegt waren, nur mit dem Theil, der von jenem herrührt; nur als dessen Ersatzmann ist er beschwert (2161).

4. Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (1928 Abs. 1). Die Feinheiten der Reihenfolge und der Theilung innerhalb der Ordnung, welche das Gesetz bei den näheren Ordnungen durchgeführt hat, gibt es in dieser und den ferneren auf. Leben zur Zeit des Erbfalls auch nur einige Urgroßeltern, oder einer derselben, so sind die Abkömmlinge ausgeschlossen. Mehrere Urgroßeltern erben zu gleichen Theilen ohne Berücksichtigung der Linien (1918 Abs. 2; vgl. anders § 572 zu [13]). Sind gar keine Urgroßeltern vorhanden, so erbt von ihren Abkömmlingen der dem Grade nach nächste, mehrere gleich nahe zu gleichen Theilen (1928 Abs. 3), ebenso wie im gemeinen Recht (§ 572, 4).

5. Die fünfte und die ferneren Ordnungen werden gebildet durch die über den Urgroßeltern stehenden jedesmal nächsten Voreltern des Erblassers

und deren Abkömmlinge. Rang und Theilung innerhalb jeder Ordnung gestaltet sich wie in der vierten Ordnung (1929). Es ist in den verschiedenen Stadien der Bearbeitung des BGB. darüber lebhaft gestritten worden, ob eine so unbegrenzte, dem gemeinen Recht freilich entsprechende (§ 571 zu [2]) Ausdehnung der Intestaterbfolge berechtigt sei. Der I. Entw. § 1969 hatte dieß bejaht, vgl. Mot. V S. 366 fg., anders der II. Entw., der zwar die über den Urgroßeltern stehenden Voreltern, aber nicht deren Abkömmlinge berufen wollte (§ 1806; vgl. Prot. der II. Comm. S. 7411 fg.) ebenso die Reichstagsvorlage (§ 1905); die Reichstagscommission aber hat das Erbrecht der Abkömmlinge der entfernteren Voreltern wieder hergestellt (Bericht S. 168 fg. [Heymann]).

IV. Der Ehegatte des Erblassers, welcher nach gemeinem Recht hinter allen Verwandten stand (§ 570 [3]) vorbehältlich der Quart der armen Wittwe (§ 574, 1), ist nach BGB. entsprechend deutschrechtlichen Gedanken wesentlich besser gestellt.

1. Er erbt immer neben den näheren und vor den ferneren Verwandten und zwar erhält er neben Abkömmlingen des Erblassers ein Viertel der Erbschaft, neben Eltern und deren Abkömmlingen und neben Großeltern die Hälfte. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte außer seiner Hälfte von der andern Hälfte noch den Antheil, den sonst die Abkömmlinge erhalten würden. (1931 Abs. 1.) Während also sonst hinter einem weggefallenen Großelterntheil dessen Abkömmlinge eintreten, tritt statt ihrer der Ehegatte ein und schließt somit nicht bloß sie, sondern auch das fernere Eintrittsrecht des andern Großelterntheils und des anderen Großelternpaares aus. Danach könnte man annehmen, daß, wenn ein Großelterntheil weggefallen ist und Abkömmlinge von ihm nicht vorhanden sind, der Ehegatte ebenfalls an die Stelle des weggefallenen Großelterntheils treten müßte. Denn wenn das Gesetz ihn den Abkömmlingen und den dahinter stehenden Großeltern vorzieht, so müßte es ihn den letzteren auch dann vorziehen, wenn Abkömmlinge nicht in der Mitte stehen. Diese folgerichtige Entscheidung hat aber das Gesetz nicht getroffen. Neben Verwandten der zweiten Ordnung und neben Großeltern erhält der Ehegatte außer seinem Erbtheil als Voraus nach Vermächtnißrecht die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke (1932). Vgl. Schiffner Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. f. d. d. Reich, Jena 1897 S. 123 fg. Sind weder Verwandte der ersten beiden Ordnungen, noch Großeltern vorhanden, so erbt der überlebende Gatte allein (1931 Abs. 2).

2. Ist der Ehegatte zugleich erbberechtigter Verwandter des Erblassers, so erhält er den Gattentheil und den Verwandtentheil, beide als besondere Erbtheile (1934), so daß er jeden besonders annehmen und ausschlagen kann und Vermächtnisse, welche auf dem einen ruhen, den anderen nicht belasten. Wenn Jemand seine Nichte heirathet, einen Abkömmling seiner Eltern, so beerbt sie ihn als Gattin, und als Verwandte der zweiten Ordnung. Hatte er ihr als seiner Nichte und gesetzlichen Erbin ein Vermächtniß auferlegt und sie dann geheirathet, so belastet das Vermächtniß den Verwandtenerbtheil, aber nicht den Erbtheil der Gattin. (2161 kommt hier nicht in Betracht.) Wenn dagegen Jemand seine Tante oder seine Cousine heirathet, einen Abkömmling seiner Großeltern,

so beerbt sie ihn ausschließlich als Gattin; denn als solche schließt sie sich selbst in ihrer Eigenschaft als Abkömmling der Großeltern ebenso wie andere Abkömmlinge derselben aus.

3. Die Beerbung eines Ehegatten folgt den obigen Vorschriften ohne Rücksicht auf das Gütersystem, in welchem die Gatten lebten. Dieses hat nur Einfluß darauf, was als Nachlaß des verstorbenen Gatten in Betracht kommt. In den Fällen der Gütergemeinschaft gehört zum Nachlaß der Auseinandersetzungsantheil des Verstorbenen, die Hälfte des Gesammtgutes (1476 Abs. 1. 1482. 1546 Abs. 2. 1549); anders, wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt (1483. 1557).

4. Ausgeschlossen (vgl. § 570 zu [4]) ist das Erbrecht des überlebenden Gatten wie sein Anspruch auf den Voraus, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens (1565 fg., nicht wegen Geisteskrankheit 1569) des überlebenden Gatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder die daneben zur Wahl stehende (1575) Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte (1933). War die Ehe geschieden oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt (1586), so ist das Erbrecht ausgeschlossen, ohne Rücksicht auf den Trennungsgrund, vgl. jedoch 1582. 1583. Selbstverständlich wird auch durch Auflösung der Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 das Erbrecht beseitigt. War die Ehe nichtig oder anfechtbar und angefochten, so besteht das Erbrecht nicht, und der Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe steht nach dem Tode des Erblassers, welcher die Ehe auflöst, nichts im Wege (1329. 1343 Abs. 2). Soweit Anfechtung nach dem Tode des Erblassers zulässig ist (1338), zerstört sie auch das Erbrecht.

V. Der Fiscus ist nicht bloß an Erbenstatt (§ 570 zu [5]), sondern als gesetzlicher Erbe berufen, wenn weder ein Verwandter noch ein Ehegatte vorhanden ist, und zwar der Fiscus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat. Hat er mehreren Bundesstaaten angehört, so theilen diese gleich. War der Erblasser ein Deutscher, aber nicht Angehöriger eines Bundesstaates, so ist der Reichsfiscus der gesetzliche Erbe (1936), vgl. übrigens EG. 138. 139. Nach Art. 138 cit. bleiben die Vorschriften § 570 zu [6, 7] in Kraft, nicht auch diejenige § 570 zu [8]. Zurücksetzungen des Fiscus s. 2104. 2149.

VI. Ist ein gesetzlicher Erbe durch Testament ausgeschlossen (1938), so wird die Erbschaft selbstverständlich so vergeben, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht lebte. Dasselbe muß gelten, wenn das Erbrecht des Ehegatten gemäß § 1933 ausgeschlossen ist. Ebenso ist es, wenn ein gesetzlicher Erbe Erbverzicht geleistet hat (2346 Abs. 1, s. jedoch 2349), wenn er ausschlägt (1953 Abs. 2), wenn er für erbunwürdig erklärt wird (2344). Es werden also einerseits Verwandte, welche nach dem Tode des Erblassers erzeugt sind, auch in solchen Fällen nicht berücksichtigt, andererseits nehmen die Erben des nach dem Tode des Erblassers verstorbenen Erbberechtigten Theil. Ueber die Frage, wer unter den danach in Betracht kommenden und welchen Theil er erbt, entscheiden die gewöhnlichen Grundsätze; danach beantwortet sich von selbst die Frage, ob Nachmänner des Weggefallenen eintreten oder die Erbtheile der Mitberufenen sich erhöhen (vgl. § 573 [5]). Unzweifelhaft treten insbesondere die Abkömmlinge dessen, der nicht Erbe wird, genau so an seine Stelle, wie wenn er vor dem Erblasser gestorben

wäre, ausgenommen (im Zweifel) den Fall des Erbverzichts eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers (2349). Gegen die für den Fall der Enterbung abweichende Meinung von Heymann S. 53 vgl. Frommhold ABR. XII S. 305 fg. (1897). Strohal S. 28 [6], Hellmann kr. VJS. XXXIX S. 216, Endemann III § 16 [17]. Eine Aenderung des Theilungsmaßstabes (vgl. § 573 [6]) kann beim Eintritt Nachberufener nach BGB. nicht vorkommen. In Betreff von Annahme und Ausschlagung bildet der ursprüngliche Theil dessen, dem die Erhöhung zu statten kommt, mit der Erhöhung eine untrennbare Einheit, aber in Ansehung der Ausgleichungspflicht und der Beschwerungen mit Vermächtnissen und Auflagen gelten sie als zwei verschiedene Erbtheile, so daß die Belastung des einen Theils den anderen nicht berührt. Dieß Princip gilt auch dann, wenn ein Erbe einen höheren Erbtheil deßwegen erwirbt, weil ein anderer schon vor dem Erbfall weggefallen ist (1935).]

IV. Von der Berufung gegen den Willen des Erblassers (Notherbenrecht *).

Einleitung.

§ 575.

Der gesetzliche Erbanspruch gewisser Personen ist so intensiv, daß er sich auch gegenüber einer entgegenstehenden Verfügung des Erblassers geltend macht. Solche Personen heißen Notherben [1].

---

* Glück VI S. 527 fg., VII S. 1—490 (1800. 1804). Valett das R. der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das s. g. Notherbenr. (1826). Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach r. R. mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115 (1829). Francke das R. der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831). Mühlenbruch Forts. von Glück XXXV S. 76 fg. (bis S. 119 noch Glück selbst). XXXVI. XXXVII. XXXVIII S. 1—117 (1832—1835). Arndts im RLex. VIII S. 79—170 (1854). A. Schmidt (von Ilmenau) das formelle R. der Notherben (1862). Schröder das Notherbenr. Erste Abtheilung: das R. vor der Nov. 115. Heidelberg 1877. — Roßhirt testament. Erbr. I S. 29 fg., Mayer § 85—112, Vering S. 373 fg., Köppen System S. 96 fg. Grundriß S. 38—88, Vangerow I § 467—489, Sintenis III § 195—200, Unger § 78—87. Ueber die ältere Literatur s. Francke S. 6—11. — Legislatorische Erwägungen: 14. deutscher Juristentag von 1878 Bd. I Heft 1 S. 50 fg. 72 fg., Bd. II S. 59 fg. 267 fg., Schultzenstein Gruch. Beitr. XXIII S. 661 fg. 812 fg. [Riemschneider das formelle und materielle Notherbr. des Vaters u. s. w. Erl. Diss. 1898.]

§ 575. [1] Die Art und Weise, wie der gesetzliche Erbanspruch der Notherben sich gegenüber einer gegenüberstehenden Verfügung des Erblassers geltend macht, ist regelmäßig die, daß auf Grund desselben trotz dieser Verfügung gesetzliche Berufung zur Erbschaft eintritt. Darauf beruht die Stellung, welche hier dem Notherbenr. im System angewiesen worden ist. Allerdings aber reagirt der gesetzliche Erbanspruch gegenüber der ihn verletzenden Verfügung des Erblassers nicht ausschließlich in der angegebenen Weise, sondern auch wohl dadurch, daß er ein

In der geschichtlichen Entwickelung des römischen Notherbenrechts[2] treten zwei Principien hervor. Das ältere römische Recht kennt keine gesetzlichen Erbansprüche, welche der Erblasser durch den Inhalt seiner Verfügung nicht beseitigen könnte, nur solche, welchen er durch die Form seiner Verfügung gerecht werden muß (s. g. formelles Notherbenrecht). Näher: gewisse Personen darf der Erblasser bei der Erbeseinsetzung nicht übergehen; er muß sie entweder einsetzen, gleichgültig auf wie viel, oder enterben[2a]. Später hat das römische Recht den Erblasser auch im Inhalt seiner Verfügung beschränkt; gewissen Personen muß er, gleichgültig in welcher Weise, wenigstens einen Theil Dessen hinterlassen, was sie erhalten haben würden, wenn er kein Testament gemacht hätte (s. g. materielles Notherbenrecht oder Pflichttheilsrecht[3]). Justinian hat dann in der Novelle 115 beide Principien mit einander verbunden. — Bei der folgenden Darstellung sollen diese verschiedenen Entwickelungsstufen auseinander gehalten werden; die Einsicht in das geltende Recht wird dadurch wesentlich erleichtert. Dabei wird aber die Darstellung des älteren, formellen Notherbenrechts nur eine kürzere sein, da dasselbe nach der hier vertretenen Ansicht durch die Novelle 115 beseitigt ist. —

Vermächtniß oder eine sonstige Verfügung des Erblassers ungültig macht, oder einen persönlichen Anspruch gegen den eingesetzten Erben begründet (actio suppletoria). Deßwegen stellen andere das Notherbenr. nicht in die Lehre von der Erbschaftsberufung, sondern bilden aus demselben einen besonderen Theil des Erbr., welchen sie hinter der Lehre von den Vermächtnissen abhandeln (so namentlich Seuffert, Arndts, Tewes, Unger). Ich glaube nicht, daß sich diese Anordnung durch Zweckmäßigkeit empfiehlt. Denn als Hauptwirkung des verletzten Notherbenanspruchs erscheint doch immer die Berufung des Notherben zur Erbschaft und alles Andere stellt sich dieser Wirkung gegenüber nur als untergeordnete Modification und als Anhang dar. Vgl. auch Schröder S. 3 fg. — Ueber den Ausdruck Notherbe s. Note [3].

[2] Der Ausgangspunkt des r. R. ist Anerkennung der unbedingten Testirfähigkeit gewesen. L. 120 D. 50, 16. Dagegen nimmt Schirmer Sav.-ZS. II S. 170 fg. an, es habe in Rom eine Zeit gegeben, wo bei Vorhandensein von sui überhaupt nicht habe testirt werden können; gegen denselben Hölder das. III S. 210 fg., Hofmann kr. Studien S. 209 fg. Gleichzeitigkeit der Testamentsbefugniß und ihrer Beschränkung zu Gunsten der sui vertheidigt Hölder a. a. O. und Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr. S. 88 fg.

[2a] Daß es sich dabei lediglich um eine Formvorschrift handelt, betont Hofmann in dem in der vorigen Note genannten Aufsatz (S. 197 fg.).

[3] Andere, so namentlich Francke, machen einen Gegensatz zwischen Pflichttheilsberechtigten und Notherben, indem sie diesen letzteren Ausdruck nur von den Notherben des älteren R. gebrauchen. S. dagegen Puchta § 485 [b], Arndts S. 80 [2]. Vgl. auch Glück XXXV S. 81 fg., Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 358 fg.

Kein Notherbenanspruch findet statt gegenüber einer Pupillarsubstitution [4] (und nach römischem Recht gegenüber einem Soldatentestament [5]).

[Im BGB. herrscht das reine Pflichttheilsprincip. Vgl. nach § 593.]

A. Das formelle Notherbenrecht*.

1. Nach Civilrecht**.

§ 576.

Nach Civilrecht müssen entweder eingesetzt oder enterbt werden die sui heredes, d. h. [1] diejenigen Descendenten [2] in der Gewalt des Erblassers, welche durch seinen Tod gewaltfrei werden [3]. Nach Di-

[4] S. § 559, 6.

[5] § 6 I. 2, 13, l. 27 § 2. l. 8 § 3. 4 D. 5, 2, l. 9. 24 C. 3, 28. Fitting das castrense peculium S. 214 fg. (vgl. S. 365) bestreitet dieß entgegen der herrschenden Meinung für das Präteritionsr., weil der Notherbe des Soldaten in dem Fall allerdings zur Erbschaft gelange, wenn der Soldat bei der Errichtung des Testamentes seine Existenz nicht gekannt habe, § 6 cit., l. 7—9 D. 29, 1, l. 9. 10 C. 6, 21. Allein in diesem Falle kommt der Notherbe zur Erbschaft nicht gegen den Willen des Erblassers, sondern in Anerkennung seines Willens. Heutiges R.: Reichs-Militärgesetz 2. Mai 1874 § 44 (vgl. § 537 [4a]). Vgl. auch Schröder S. 572 fg. — Nach l. 37 C. 3, 28 braucht auch der über das peculium quasi castrense testirende Haussohn seine Notherben nicht zu berücksichtigen, und zum peculium quasi castrense wird hier auch das peculium castrense desjenigen, welcher nicht mehr Soldat ist, gerechnet. (Vgl. hierüber wie über das frühere R. Francke S. 447 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 196 fg., Fitting a. a. O. S. 229 fg. 357, Schröder S. 575 fg.). Dieß ist (für Ascendenten und Descendenten) durch Nov. 115 aufgehoben worden; s. auch Nov. 123 c. 19. Francke S. 444 fg., Mühlenbruch XXXV S. 216 fg., Fitting a. a. O. S. 360 fg., Schröder S. 587 fg.

* Außer den beim vorigen § Citirten s. noch: A. G. Foerster de bonorum possessione liberorum practeritorum contra tabulas parentum (1828). Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 II S. 15 fg. III S. 80 fg.

** Gai. II, 123—134. Ulp. XXII, 14—22. Inst. 2, 13 de exheredatione liberorum. Dig. 28, 2 de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. 6, 28 de liberis praeteritis vel exheredatis. 6, 29 de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis.

§ 576. [1] Gai. III, 2—6, Ulp. XXII, 14. 15, Paul. sentent. IV, 8 § 3. 4. 7—12, § 2—5 I. 3, 1, l. 1 § 2—8 D. 38, 16.

[2] Aber die Frau in manu ist filiae, die Frau in der manus des Sohnes neptis loco. Gai. II, 139. 159. III, 3.

[3] Für die Intestaterbfolge ist suus heres auch derjenige, welcher nur zur Zeit der Delation der Intestaterbfolge (wenn ein vom Testator hinterlassenes Testament nach seinem Tode wegfällt) sui iuris ist. L. 7 pr. D. 38, 6, l. 1 § 8 D. 38, 16, § 7. 8 I. 3, 1. Vgl. Note [6].

gestenrecht gelten hierfür folgende nähere Regeln. 1) Söhne müssen namentlich, d. h. mit individueller Bezeichnung, enterbt werden, bei Töchtern und Enkeln ꝛc. reicht generelle Enterbung hin. 2) Uebergangene oder nicht gehörig enterbte Söhne machen das Testament nichtig; übergangene Töchter und Enkel ꝛc. kommen neben den Eingesetzten zur Erbfolge, neben eingesetzten suis je auf einen Kopftheil, neben Fremden zusammen auf die Hälfte. 3) Nichtig wird das Testament auch dadurch, daß nach Errichtung des Testamentes ein suus irgend welcher Art eintritt, durch Geburt (postumus) oder in anderer Weise (postumus im weiteren Sinne, postumi loco)[4], vor oder nach dem Tode des Erblassers[5], wenn nur vor dem Anfall der testamentarischen Erbschaft[6]; jedoch können diese Personen im Voraus eingesetzt oder enterbt werden[7], namentlich oder generell nach Verschieden-

[4] Durch causae probatio und nach neuerem R. Legitimation durch Rückkehr aus der Gefangenschaft, durch Rückfall aus der ersten oder zweiten Mancipation, durch Adoption und in manum conventio, durch Wegfall des Vaters bei Lebzeiten des Großvaters oder des Großvaters bei Lebzeiten des Vaters. Vgl. Ulp. XXIII, 3, Gai. II, 138. III, 5, § 4 I. 3, 1, § 1 I. 2, 17, § 2 I. 2, 13, l. 29 § 1—5 D. 28, 2, l. 28 § 1 eod. (Fitting das castrense peculium S. 221 fg.).

[5] Für die Intestaterbfolge ist postumus nur der nach dem Tode des Erblassers, für die Notherbenfolge auch der nach dem Testamente als suus Eintretende. Vgl. l. 3 § 1 D. 28, 3. — Auch nach dem Tode des Erblassers kann ein suus nicht bloß durch Geburt eintreten, welches freilich der Hauptfall ist (Gai. III, 4, Ulp. XXII, 15, § 2 I. 3, 1), sondern auch in anderer Weise, z. B. durch causae probatio, Rückfall aus der ersten oder zweiten Mancipation (Gai. III, 5. 6, § 4 I. tit. cit.). Nur kann nach allgemeiner Regel (§ 535) Niemand als suus eintreten, der nicht bei Lebzeiten des Erblassers wenigstens schon erzeugt war.

[6] Ist die testamentarische Erbschaft bereits angefallen, so bleibt das Testament bestehen, wenn gleich jetzt eine Person eintritt, die, wenn die testamentarische Erbschaft nicht bereits angefallen wäre, als suus heres berufen werden würde, und die auch jetzt noch als suus heres wirklich berufen wird, wenn die angefallene testamentarische Erbschaft nicht erworben wird. L. 9 § 2 D. 28, 2, l. 7 pr. D. 38, 6. Und zwar gilt hier als Anfall bereits bedingter Anfall. l. 9 pr. D. 28, 3.

[7] Ulp. XII, 19. „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes futuri sunt, possumus heredes instituere, si quidem post mortem nostram nascantur ex iure civili, si vero viventibus nobis ex lege Iunia". (Das zuletzt genannte Gesetz wird in anderen Stellen als lex Velleia oder Iunia Velleia oder Iulia Velleia bezeichnet.) Hierher gehört auch die vielbesprochene und kritisch schwierige l. 29 D. 28, 2. Vgl. überhaupt Schmidt S. 25, Vangerow II § 468 und die Citate das., Schröder S. 45 fg. Eine besondere Schrift über das genannte Gesetz ist: J. Amann die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik geprüft an der f. g. l. Gallus. München 1878. Vgl. Brinz kr. VJS. XX S. 177 fg.

heit der Fälle [8]. — Justinian bestimmte, daß alle sui und postumi ohne Unterschied des Geschlechtes und des Grades einzusetzen oder namentlich zu enterben seien, widrigenfalls das Testament nichtig sei [9].

2. Nach prätorischem Recht [*].

§ 577.

Der Prätor hat das Princip des Notherbenrechts, welches er vorfand, nicht angetastet [1]; er hat nur im Einzelnen geändert. 1) Anspruch auf Einsetzung oder Enterbung haben die liberi, d. h. außer den suis diejenigen Descendenten, welche sui zwar nicht sind, aber doch sein könnten [2], mit Ausnahme jedoch der in einem fremden Hause Befindlichen [3]. 2) Alle männlichen liberi müssen namentlich enterbt werden; bei weiblichen genügt generelle Enterbung. 3) Den übergangenen oder ungültig enterbten liberis ertheilt der Prätor auf ihr

[8] Ulp. XXII, 20. 21, Paul. sentent. III, 4 B § 10, § 1 I. 2, 13, l. 3 pr. D. 28, 3.

[9] L. 4 C. 6, 28 (a 531), § 5 I. 2, 13.

[*] Gai. II, 135. 137, Ulp. XXII, 23. XXVIII, 2—4, § 3. 4 I. 2, 13, § 12 I. 3, 1. Dig. 37, 4 de bonorum possessione contra tabulas. Cod. 6, 12 de bonorum possessione contra tabulas quam praetor liberis pollicetur.

§ 577. [1] D. h., worauf es hier allein ankommt, für die Verwandten; dem Patron (und ebenso dem parens manumissor) hat bereits der Prätor eine Pflichttheilsberechtigung gewährt. Gai. II, 39 seqq., tit. I. 3, 7. Vgl. Ad. Schmidt (von Ilmenau) das Pflichttheilsr. des Patronus und des Parens Manumissor. 1868. Leist Fortſ. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 V S. 425 fg.

[2] Der Haupt- und Ausgangsfall ist der des emancipatus, welcher gerufen wird rescissa capitis diminutione, l. 6 § 1 D. 37, 1, l. 3 § 5. l. 6 § 2 D. 37, 4. Dem Emancipirten sodann ist gleichgestellt worden der in anderer Weise aus der Gewalt Ausgetretene, l. 1 § 6 D. 37, 4. Ferner sind dem Emancipirten gleichgestellt worden solche Personen, welche in der väterlichen Gewalt des Erblassers gar nicht gewesen sind (l. 5 § 1 D. 38, 6); dahin gehören: der von dem Emancipirten oder sonst aus der Gewalt Ausgetretenen nach der Emancipation ꝛc. Erzeugte, suus oder emancipatus, l. 3 pr. l. 6 pr. l. 14 § 1 D. 37, 4, l. 5 § 1 D. 38, 6; der vom Großvater emancipirte Enkel dem in der Gewalt gebliebenen Vater gegenüber, sowie der in der Gewalt gebliebene Enkel dem emancipirten Vater gegenüber, l. 6 § 2. l. 7. l. 21 D. 37, 4, l. 5 § 1 D. 38, 6; derjenige, welcher durch causae probatio mit dem Vater die Civität erlangt hat, ohne daß zugleich diesem die Gewalt über ihn verliehen worden wäre, Coll. XVI, 7 § 2 (vgl. Gai. I, 93. 94). Aber nicht zu den liberi gehören z. B. die Kinder eines peregrinus, die Kinder einer Frau, die Enkel von Töchtern. S. l. 4 § 2 D. 37, 4, l. 13 D. 38, 16, § 5 I. 2, 13.

[3] Haus, familia. Gai. II, 137, § 4 I. 2, 13, § 10. 12 I. 3, 1, l. 3 § 6—8. l. 6 § 4. l. 9. l. 21 § 1 D. 37, 4. S. übrigens auch l. 14 § 1. l. 17 D. 37, 4.

Begehren bonorum possessio contra tabulas, mit der Wirkung, daß sie die Erbschaft zu demjenigen Theil erhalten, zu welchem sie dieselbe nach den Regeln der Intestaterbfolge erhalten haben würden [4]. Neben ihnen wird aber mit derselben Wirkung die bonorum possessio contra tabulas auch den gültig eingesetzten liberis ertheilt [5], nicht dagegen auch den gültig enterbten [6]. 4) Durch Ertheilung der bonorum possessio contra tabulas wird das Testament nicht seinem ganzen Inhalte nach außer Wirksamkeit gesetzt, vielmehr werden aufrecht erhalten zusammen bis zum Belange eines Kopftheils Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse zu Gunsten cognatischer Ascendenten und Descendenten, außerdem das Rückvermächtniß der Dos an Frau und Schwiegertochter [7]; ferner wird aufrecht erhalten eine im Testamente enthaltene Pupillarsubstitution [8]. — Justinian hat auch hier namentliche Enterbung für alle liberi vorgeschrieben [9].

B. Das Pflichttheilsrecht vor Novelle 115*.

Einleitung.

§ 578.

Die Pflichttheilsberechtigung des römischen Rechts verdankt ihren Ursprung und ihre Ausbildung der Praxis des Centumviralgerichts [1].

---

[4] L. 8 § 14. l. 11 § 1 D. 37, 4. Namentlich also erhält der Emancipirte mit seinen in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern zusammen nur Einen Kindestheil, und zwar Er für seine Person die Hälfte desselben. Dig. 37, 8 de coniungendis cum emancipato liberis eius. — Nach einer Bestimmung Marc Aurel's sollen Töchter und Enkelinnen durch bonorum possessio contra tabulas nicht Mehr erhalten, als sie nach den Regeln des civilen Notherbenr., erhalten hätten; Justinian hat das aufgehoben. Gai. II, 125. 126; l. 4 C. 6, 28.

[5] Und zwar auch den in aliena familia Befindlichen, l. 8 § 11. l. 10 pr. D. 37, 4.

[6] Ist aber neben ihnen ein nach Civilr. nicht gültig ausgeschlossener suus vorhanden, so kommen sie, da der Letztere das Testament nichtig macht, ab intestato zur Erbschaft, l. 32 D. 28, 2, l. 1 § 9 D. 38, 6; ebenso wenn das Testament wegen Nichteintritts der eingesetzten Erben hinfällig wird, l. 20 pr. D. 37, 4.

[7] Dig. 37, 5 de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

[8] L. 34 § 2 D. 28, 6.

[9] L. 4 C. 6, 28, § 5 I. 2, 13.

* Inst. 2, 18 Dig. 5, 2 Cod. 3, 28 de inofficioso testamento. [[G. Hartmann über die querela inofficiosi testamenti nach classischem R. Basel 1864. Unzner die querela inofficiosi testamenti nach dem Re vor der Novelle 115. Münch. gekr. Preisschr. 1891.]]

Bei Streitigkeiten zwischen den im Testamente Eingesetzten und den Intestaterben setzte sich dieses Gericht über Testamente hinweg [2], in welchen den nächsten Verwandten nicht wenigstens ein Theil Dessen zugewendet war, was sie bei Nichterrichtung eines Testamentes nach gesetzlicher Regel erhalten haben würden. Dieser Theil heißt eben der Pflichttheil [3]. Der Antrag auf Beseitigung eines solchen die nächsten Verwandten lieblos von der Erbschaft ausschließenden Testamentes ist die querela inofficiosi testamenti [4].

1. Pflichttheilsberechtigte Personen.

§ 579.

Pflichttheilsberechtigt sind Descendenten und Ascendenten ohne Rücksicht auf den Grad [1], unter den Seitenverwandten bloß die Geschwister [2], und auch diese nur unter der doppelten Voraussetzung, daß sie von demselben Vater erzeugt sind wie der Verstorbene [3], und daß

§ 578. [1] Welches übrigens auch in die Entwickelung des Präteritionsres in bedeutender Weise eingegriffen hat. Cic. de orat. I, 38, l. 4 pr. C. 6, 28.

[2] L. 2 D. 5, 2: — hoc colore . . quasi non sanae mentis . . (fuerit qui) recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis". L. 5 D. 5, 2, pr. I. 2, 18.

[3] Portio legitima, debita. Vgl. Francke S. 171, Schröder S. 275.

[4] L. 5 D. 5, 2 „Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum". L. 2 eod.: — „recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis". Pr. I. 2, 18: — »queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos".

§ 579. [1] Und ohne Rücksicht auf Agnation schon nach dem Re der classischen Zeit, so daß selbst das uneheliche Kind einen Pflichttheilsanspruch gegen seine Mutter hat. L. 1. 5. 15 pr. l. 29 § 1. l. 30 pr. D. 5, 2, pr. § 1 I. 2, 18.

[2] L. 21 C. 3, 28, § 1 i. f. I. 2, 18. Noch Ulpian sagt: „cognati . . qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent" l. 1 D. 5, 2. Man darf nicht sagen, daß durch Nov. 118, welche den Geschwistern die Geschwisterkinder in der Intestaterbfolge gleichgestellt hat, auch diese Letzteren pflichttheilsberechtigt geworden seien; denn der Schluß von gleichem Intestaterbr. auf gleiches Pflichtteilsr. ist nicht gerechtfertigt. Das Pflichttheilsr. hat seinen positiven Grund in der Nähe des verwandtschaftlichen Grades, das Intestaterbr. ist nur seine negative Voraussetzung (⁸). Vgl. Glück VII S. 12–14, Francke S. 193, Arndt S. 156, Schröder S. 263.

[3] Also es sind nicht halbbürtige Geschwister überhaupt ausgeschlossen, sondern nur halbbürtige Geschwister von der Mutter. L. 27 C. 3, 28. Dagegen kommt es auf Agnation auch hier nicht an, l. 27 cit. (anders in der Mutterstelle l. 1 C. Th. 2, 19.) — Daß diese Beschränkung der halbbürtigen Geschwister durch Nov. 118 aufgehoben worden sei, darf um so weniger behauptet werden (vgl. Note [2]), als bereits l. 15 § 2 C. 6, 58 die uterini den consanguinei (und zwar

ihnen eine nicht ehrenhafte Person vorgezogen worden ist [4]. Adoption begründet Pflichttheilsberechtigung in der Adoptivfamilie (für und gegen den Adoptirten) nach Maßgabe des durch sie verschafften Intestaterbrechts [5], wenn sie eine volle ist [6]; daneben besteht die Pflichttheilsberechtigung in der natürlichen Familie fort, auch wenn die Adoption eine volle ist [7].

Alle an und für sich pflichttheilsberechtigten Personen aber haben im gegebenen Fall einen Anspruch auf den Pflichttheil nur dann, wenn sie in diesem Falle auch wirklich die nächsten Intestaterben sind [8] oder durch Wegfall des vor ihnen stehenden nicht gehörig berücksichtigten Näheren die nächsten Intestaterben werden [9].

---

selbst Vollgeschwistern) in der Intestaterbfolge gleichgestellt hat. Glück VII S. 12—16, Francke S. 192. 193, Arndts S. 156, Schröder S. 262.

[4] L. 27 C. 3, 28 (vgl. l. 3 C. Th. 2, 19), § 1 I. 2, 18. Vgl. Francke S. 194 fg. Sf. I. 91, V. 210. 301, VII. 340, XXIII. 151. RG. XIV S. 187. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern Ergänzungsb. zum 31. und 32. Jahrg. S. 353 fg. [Sf. L. 27. 237, LII. 169.] Ueber eine alte, in der neueren Zeit wieder hervorgezogene Meinung (Marezoll bürgerl. Ehre S. 256 fg. und ZS. f. CR. u. Pr. I S. 185 fg. V S. 178 fg.), wonach Geschwister nicht sowohl einen Pflichttheilsanspruch, als vielmehr das R. haben sollen, die eingesetzten Erben wegen Unwürdigkeit auszutreiben, also auch dann, wenn sie in ihrem Pflichttheil nicht verletzt sind, s. Francke S. 198—201, Glück XXXV S. 89—119, Mühlenbruch das. 119—139, Vangerow II § 474 Anm. I Nr. 3, Schröder S. 263 fg.

[5] S. § 571 [6]. Vgl. § 593 zu [4].

[6] L. 10 C. 8, 47 [48]. Wenn sie keine volle ist, so gibt sie bloß Intestat-, nicht Notherbenr., gegen den Adoptivvater, l. 10 C. cit. Vgl. § 571 [6, 7]. Adoption durch eine Frau begründet zwischen ihr und dem Adoptirten Kindesverhältniß (l. 5 C. 8, 47 [48]), und daher gegenseitiges Pflichttheilsr., s. auch l. 29 § 3 D. 5, 2. Glück VII S. 373 fg., Francke S. 185 fg., Mühlenbruch XXXV S. 183 fg., Schröder S. 239.

[7] Bestritten. Es wird auf Grund von l. 10 C. 8, 47 [48] behauptet, der Adoptirte habe kein Pflichttheilsr. gegen den leiblichen Vater &c. (Glück VII S. 11, Francke S. 182 fg. Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 70 fg., Arndts S. 112, Sintenis III § 139 [55], Vangerow II § 474 Anm. Nr. 1, Dernburg III § 149 [3]), und in Consequenz davon auch dem leiblichen Vater die Pflichttheilsberechtigung gegen den Adoptirten abgesprochen (Arndts S. 122; hiergegen Francke, Vangerow a. a. O. Nr. 2. b, dafür auch Mühlenbruch XXXV S. 221 fg.). Aber wie man auch l. 10 cit. im Uebrigen auffassen mag (vgl. § 571 [10]), so glaube ich nicht, daß wird geleugnet werden dürfen, daß sie dem Adoptirten gegen den leiblichen Vater Notherbenr. nur deßwegen abspricht, weil sie das nöthige Intestaterbr. in dem Adoptirten nicht anerkennt (entweder gar keines oder kein Kindeserbr.) und dieß hat sich (was freilich auch nicht allgemein anerkannt ist, vgl. § 571 [10]) durch Nov. 118 geändert. Vgl. auch Mühlenbruch XXXV S. 179 fg. und was das Pflichttheilsr. des natürlichen Vaters gegen das Adoptivkind angeht, l. 30 pr.

2. Größe des Pflichttheiles.

§ 580.

Der Pflichttheil betrug bis zu Justinian den vierten Theil der Intestaterbportion [1]; Justinian hat ihn erhöht [2], unter allen Umständen auf ein Drittel [3], auf die Hälfte [3] für den Fall, daß die Intestaterbportion weniger als ein Viertel des Nachlasses beträgt [4].

D. 5, 2 (dagegen Arndts S. 122 [182]). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Schröder S. 231 fg. 248 fg. Schmöle Notherbenr. des Adoptirten gegen seinen leiblichen Vater, Leipziger Diss. 1888 (gegen das Notherbenr.).

[8] Das Intestaterbr. ist nicht der positive Grund der Pflichttheilsberechtigung ([3]); aber ohne Intestaterbr. ist der Pflichttheilsanspruch gegenstandslos, weil derselbe gerichtet ist auf einen Bruchtheil der Intestatportion. Und zwar wird der an und für sich Pflichttheilsberechtigte im gegebenen Falle durch einen näheren Intestaterben nicht bloß dann ausgeschlossen, wenn auch dieser pflichttheilsberechtigt ist, sondern auch dann, wenn derselbe zu den Pflichttheilsberechtigten nicht gehört (ein minus plene adoptatus gegenüber Ascendenten und Geschwistern, ein Geschwisterkind gegenüber einem Halbgeschwister vom Vater). In dieser letzteren Beziehung ist abweichender Meinung Puchta § 488 [f]; dagegen Mühlenbruch XXXV S. 140 fg., Arndts S. 123, Vangerow § 474 Anm. 2 Nr. 1, Schröder S. 265 fg. — Gleich nahe Intestaterben haben gleichen Pflichttheilsanspruch. Gegen die Meinung, daß Geschwister durch Ascendenten ausgeschlossen werden (Glück VII S. 11. 377, Bluntschli S. 153, Puchta § 488 [g]), s. Francke S. 202 fg., Mühlenbruch XXXV S. 232 fg., Arndts S. 158, Vangerow II § 474 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III § 196 Anm. 1, Schröder S. 269.

[9] Vor dem Tode des Erblassers oder auch nach demselben. L. 31 pr. D. 5, 2 „Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus". L. 14 eod. L. 34 C. 3, 28 läßt sich kaum anders erklären (vgl. freilich auch l. 2 pr. D. 38, 2, Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus ꝛc. S. 38. 39, ferner Fitting ACPra. LIX S. 433 fg., Merkel successio graduum S. 44 fg.) als aus der Annahme, daß zur Zeit derselben bei der Intestaterbfolge eine successio graduum in der Klasse der Descendenten nicht galt (§ 573 [4]). Vgl. überhaupt Glück VII S. 378 fg.. Francke S. 276 fg., Mühlenbruch XXXV S. 474 fg., Vangerow II § 480 Anm. 2, Köppen Grundriß S. 48. 49, Dedekind Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen S. 94 fg., Schröder S. 458 fg., Sf. XVIII. 153.

§ 580. [1] Quarta legitimae partis, § 3 I. 2, 18; quarta debitae portionis, l. 8 § 8 D. 5, 2; quarta pars ab intestato successionis, l. 31 C. 3, 28. [Gegen die Annahme von Alibrandi (opere giuridiche e storiche I p. 533 s. 1896 [1888], daß dieß a. 176 durch SC. fixirt sei, s. Eisele Sav.-ZS. XX S. 238 fg. 1899.]

[2] Nov. 18 praef. c. 1. 2. Die Novelle spricht zunächst nur von Kindern, fügt aber dann hinzu: „hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est". Die herrschende Meinung hat dieß von jeher dahin verstanden, daß dadurch den Kindern alle Pflichttheilsberechtigten gleichgestellt werden sollen. Doch ist auch eine beschränktere Auslegung vertheidigt worden (so unter den Neueren von Marezoll

3. Hinterlassung des Pflichttheiles.

§ 581.

Der Pflichttheil kann nicht bloß durch Erbeseinsetzung, sondern auch durch Vermächtniß hinterlassen werden [1]; nicht minder durch

ZS. f. CR. u. Pr. I S. 251 fg. V S. 178 fg.), wonach die Erstreckung sich nur auf die übrigen Descendenten beziehen soll; dagegen Glück VII S. 27 fg., Francke S. 208 fg., Mühlenbruch XXXV S. 238 fg., Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 397 fg., Arndts S. 124 fg., Vangerow II § 475 Anm. 1 Nr. 1, Schröder S. 276 fg. S. auch Nov. 89 c. 12 § 3. Sf. XXV. 143.

[3] Justinian sagt aber nicht: jedes Kind muß 1/3 bez. 1/2 seiner Intestatportion haben, sondern: die Kinder zusammen müssen 1/3 bez. 1/2 der Erbschaft haben. Hat er damit ein neues Princip der Rechnung einführen wollen? Die eine und die andere Art der Berechnung führt zu einem verschiedenen Resultat, wenn neben den Pflichttheilsberechtigten andere nicht pflichttheilsberechtigte oder gültig ausgeschlossene Intestaterben stehen. Die Frage ist zu verneinen; vgl. Nov. 18 c. 2 (*vv.* **praeter solam quantitatem**), ferner § 7 I. 2, 18, Nov. 22 c. 48. So auch die herrschende Meinung. Glück VII S. 28 fg., Francke S. 211 fg., Mühlenbruch XXXV S. 256 fg., Arndts S. 125, Vangerow II § 475 Anm. 1 Nr. 2, Schröder S. 278 fg. Dernburg III § 150 [5].

[4] Justinian spricht, wie gesagt, nur von dem Fall, wo der Erblasser bloß Kinder hinterlassen hat: wie aber ist der Pflichttheil der Enkel zu berechnen? Daß der Pflichttheil der Enkel sich auf die Hälfte erhöht, wenn ihr Stammtheil (der Theil der Erbschaft, welchen sie nach der Intestaterbfolge unter sich zu vertheilen haben) weniger, als ein Viertel der Erbschaft beträgt, versteht sich von selbst; daß das Gleiche analog auch dann gelten muß, wenn ihr Stammtheil, obgleich größer als ein Viertel der Erbschaft sich unter sie selbst in mehr als vier Theile vertheilt, kann nicht leicht bestritten werden. Wie aber, wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist? Auch in diesem Fall ist unter Umständen ihr Pflichttheil auf die Hälfte zu erhöhen, und zwar nach folgender Regel: wenn Justinian gewollt hat, daß die Erhöhung auf die Hälfte eintreten solle, wenn 1/1 in mehr als vier Theile geht (4=4/1), so hat er auch gewollt, daß die Erhöhung auf die Hälfte eintreten solle, wenn 1/x (der Stammtheil) in mehr als 4/x Theile geht. Daraus ergibt sich, daß der Satz im Texte auch für die Enkel wahr ist; und ebenso für die Ascendenten bei der Linealtheilung. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Vgl. Glück VII S. 60 fg., Francke S. 221, Mühlenbruch XXXV S. 272 fg., Arndts S. 127 fg., Riebel ZS. f. CR. u. Pr. N. F. IX S. 272 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 4, Schröder S. 289 fg.; Sf. XVI. 133, XIX. 249. [[Oertmann ACPra. LXXVII S. 54 fg. (1891) für die Berechnung rein nach Stämmen]] [d. h. Oe. ist mit guten Gründen dafür, daß der Pflichttheil der Enkel nur dann 1/2 ist, wenn der Kindestheil, in den sie sich theilen, weniger als 1/4 ist.] — Bei der Berechnung der Intestatportion sind die sämmtlichen Intestaterben in Ansatz zu bringen, mit Einschluß der armen Wittwe, auch die nicht pflichttheilsberechtigten, auch die gültig ausgeschlossenen; nicht aber diejenigen, welche bei Lebzeiten des Erblassers auf ihr Erbr. verzichtet haben. Vgl. hierüber Glück VII S. 99 fg. 121 fg., Francke S. 212 fg., Mühlenbruch XXXV S. 263 fg., Arndts S. 125 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3, Schröder S. 280 fg.

Schenkung von Todeswegen [2]. Auch was der Pflichttheilsberechtigte durch Zuwendung unter Lebenden vom Erblasser erhalten hat, muß unter gewissen Voraussetzungen in den Pflichttheil eingerechnet werden [3], nämlich wenn es in einer Dos [4], einer Eheschenkung [4] oder einem käuflichen Dienste [5] besteht, oder wenn der Erblasser die Zuwendung ausdrücklich auf den Pflichttheil gemacht hat [6]. Nicht wird in den Pflichttheil eingerechnet, was der Pflichttheilsberechtigte nicht aus dem Vermögen des Erblassers [7], oder zwar aus dem Vermögen des Erb-

---

§ 581. [1] § 6 I. 2, 18. l. 33 pr. l. 36 § 1 [pr.] C. 3, 28.

[2] § 6 I. 2, 18. l. 8 § 6 D. 3, 2, l. 36 § 1 [pr.] C. 3, 28.

[3] Nicht minder aber auch bei der Berechnung des Pflichttheils in den Nachlaß; es wird eben als aus dem Nachlaß empfangen dem Pflichttheilsberechtigten angerechnet. Vgl. Unger § 81 [11].

[4] L. 29 C. 3, 28 (anders nach älterem R., l. 1 C. Greg. 2, 6 ed. Haenel). Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der zuwendende Erblasser Ascendent war. L. 29 cit. Sf. VII. 75.

[5] L. 30 § 2 C. 3, 28. Vgl. Arndts RLex. III S. 846 [201], und in Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieser Bestimmung Francke S. 238, Mühlenbruch XXXV S. 304, ferner Glück XIX S. 302, Fein Collation S. 263. Vgl. noch Mommsen röm. Staatsr. I S. 266. 269.

[6] § 6 I. 2, 18, l. 25 pr. D. 5, 2, l. 35 § 2 C. 3, 28. Vgl. l. 3 § 18 D. 38, 2. — Gegen die in der That bodenlose Meinung (l. 20 C. 6, 20, obgleich sie gerade auf diese Stelle gestützt wird), daß die gewöhnliche Schenkung auch dann einzurechnen sei, wenn einem andern Pflichttheilsberechtigten eine dos oder donatio angerechnet werde, s. Francke S. 239 fg., Mühlenbruch XXXV S. 305 fg., Arndts S. 132, Schröder S. 311. Vgl. Sf. XIV. 151, XVIII. 97, XLI. 199.

[7] Also namentlich nicht, was er als Pupillar- oder Quasipupillarsubstitut (nicht aus dem Vermögen des Erblassers, s. [8]) erhält, nicht der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die dem Grundstück anwachsende Alluvion. L. 36 § 1 [pr.] C. 3, 28. „Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure accrescendi, puta ususfructus". Man hat sich viele Mühe mit dieser Stelle gemacht; die hier gegebene Erklärung schließt sich genau an die Worte an, und führt zu einem durchaus befriedigenden Resultat. Andere (Francke S. 231 fg., Mühlenbruch XXXV S. 294 fg., Arndts S. 231, Schröder S. 314 fg., Vangerow II § 476 Anm. 2, Sintenis III § 196 [10]) verstehen die „substitutio" der Stelle von der Vulgarsubstitution, das „ius accrescendi" von dem technisch so genannten Anwachsungsr. und gelangen so zu der ganz verschiedenen Regel, daß in den Pflichttheil nicht eingerechnet werde, was der Notherbe aus dem Nachlasse erst nachträglich (nach dem Tode des Erblassers) in Folge eines zufälligen Umstandes erhalte — indem sie bloß darüber streiten, ob diese Regel auf Vermächtnisse zu beschränken oder auf Erbeseinsetzungen zu erstrecken sei. Noch Andere (Mayer § 88 [12], Brinz 1. Aufl. S. 848 2. Aufl. II § 405 [16]) deuten wenigstens das ius accrescendi der Stelle anders, nämlich auf die Anwachsung, welche zwischen zwei Nießbrauchs-Vermächtnißnehmern auch nach dem Erwerbe des Nießbrauchs stattfindet. Dernburg III § 551 [1]. — Wie

lassers, aber nicht durch dessen Zuwendung [8], nicht auch was er zwar aus dem Vermögen des Erblassers und durch dessen Zuwendung, aber erst nach Anstellung der Anfechtungsklage erhält [9]. — In denjenigen Fällen, wo das dem Pflichttheilsberechtigten Zugewendete nicht

ist es mit Dem, was der Notherbe auf Grund einer Verfügung des Testamentes condicionis implendae gratia erhält? Die herrschende Meinung (Francke S. 233, Mühlenbruch XXXV S. 294, Arndts S. 130) will auch Dieses nicht in den Pflichttheil eingerechnet wissen, weil es ebenfalls nicht aus dem Vermögen des Erblassers herrühre (l. 36 D. 39, 6). Gewiß nicht unmittelbar; aber doch mittelbar. Es ist immerhin eine Minderung des dem Bedachten aus dem Vermögen des Erblassers Zugewendeten; es wird gleichsam in Austausch gegen die Zuwendung des Erblassers gegeben. Mit demselben Recht, wie das condicionis implendae gratia Gegebene, könnte man auch das Vermächtniß einer fremden Sache von der Einrechnung in den Pflichttheil ausschließen. Auch ist l. 8 § 10 D. 5, 2 nicht so beweislos, wie man annimmt. Es ist zwar wahr, daß im Anfang der Stelle der Gesichtspunkt geltend gemacht wird, daß in der Annahme des condicionis implendae gratia Gegebenen ein Verzicht auf die Anfechtung des Testamentes liege; aber ebenso entschieden ist am Schluß der Stelle der Entscheidungsgrund, daß durch die „oblatio“ von Seiten des Bedachten dem Notherben „satisfactum“ sei. Wie hätte sonst der Zweifel aufgeworfen werden können, ob die Annahme auch nach Erwerb der Querel schade („numquid semel natam inofficiosi querellam peremat legatarii oblatio“)? S. endlich auch l. 3 § 19 D. 38, 2, in welcher Stelle freilich die Schlußworte „si tamen de bonis sit liberti profectum“ Schwierigkeiten machen, worüber aber hier in Kürze nicht geredet werden kann. Vgl. noch Unger § 81 [6], Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus 2c. S. 73, Schröder S. 329 fg.

[8] So als Erbe des Bedachten. Vgl. l. 31 § 2 D. 5, 2, in welcher Stelle der Gesichtspunkt der Entscheidung allerdings ein anderer ist. Sf. XXIX. 252 [[RG. XXVIII S. 162 fg.]] (anders Sf. VII. 75). Man darf nicht sagen, daß in diesem Falle die Einrechnung schon deßwegen ausgeschlossen sei, weil der Notherbe, was er habe, nicht aus dem Vermögen des Erblassers habe. Es war doch Vermögen des Erblassers. Wäre es nothwendig, daß der Notherbe den Pflichttheil direct aus der Hand des Erblassers erhalte, so hätte der Pflichttheil auch durch Fideicommiß und Damnationslegat nicht gedeckt werden können. S. auch die vorhergehende Note. Deßwegen glaube ich auch nicht, daß man von der Einrechnung ausschließen darf, was der Notherbe durch Pupillarsubstitution aus dem Vermögen des Erblassers erhält, obgleich freilich die herrschende Meinung das Gegentheil annimmt. Francke S. 233, Arndts S. 130, Brinz 1. Aufl. S. 848, Schröder S. 327. — Eine Ausnahme von dem aufgestellten Satz bildet die quarta divi Pii (§ 574 [11], § 593); durch dieselbe war der Pflichttheil, als er nur ein Viertel betrug, gedeckt, l. 8 § 15 D. 5, 2.

[9] Z. B. durch Eintritt des Substitutionsfalls, oder des Anwachsungsfalls, oder dadurch, daß der unter der Bedingung einer Leistung an den Notherben Bedachte die Bedingung erfüllt. L. 8 § 10 D. 5, 2. — „Ego eventum puto sequendum in hac re, ut si forte, antequam iudicium moveatur, oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur“). Dieß ist also das richtige Element in der in der Note [7] zurückgewiesenen Regel.

in der betreffenden Quote der Erbschaft besteht [10], wird zur Beantwortung der Frage, ob durch das Zugewendete der Pflichttheil gedeckt ist, eine Schätzung nöthig, sowohl des Zugewendeten als des Nachlasses. Dabei ist auf die Zeit des Todes des Erblassers zu sehen [11], und sind von dem Nachlasse außer den Schulden auch die Beerdigungskosten in Abzug zu bringen [12].

§ 582.

Eine der Zuwendung an den Notherben hinzugefügte Bedingung oder Befristung enthält eine Verletzung des Pflichttheils, auch wenn der Betrag der Zuwendung dem Pflichttheil entspricht oder ihn übersteigt; Justinian hat aber vorgeschrieben, daß eine solche Bedingung oder Befristung gestrichen werden solle, soweit es nöthig ist, um den Pflichttheil frei zu machen [1]. Ebenso hat Justinian vorgeschrieben, daß eine auf die Zuwendung gelegte Auflage oder sonstige Beschränkung gestrichen werden solle, soweit dadurch der Pflichttheil verletzt wird [2]. Dadurch daß der Pflichttheilsberechtigte die Streichung einer

---

[10] Mag ihm diese Quote durch Einsetzung oder durch Erbschaftsvermächtniß, mag sie ihm als solche oder als „Pflichttheil" zugewendet sein.

[11] So daß also spätere Vermehrungen und Verminderungen dem Notherben nicht schaden und nicht nützen. L. 6 C. 3, 28; vgl. l. 3 § 20. l. 44 § 2 D. 38, 2. — Hat der Notherbe seinen Pflichttheil als Erbtheil, so wird er natürlich von den späteren Vermehrungen und Verminderungen der Erbschaft mit betroffen. Gegen die ganz quere Idee Mühlenbruch's XXXV S. 277 fg., daß auch in diesem Fall der Pflichttheil nach der Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen sei (welche Idee übrigens Mühlenbruch doch wieder nicht consequent durchführt), s. Arndts S. 130 [225]. Sf. XL. 124.

[12] L. 8 § 9 D. 5, 2. Ebenso ist es bei der Berechnung der Falcidischen Quart (l. 1 § 19. l. 2 D. 35, 2), deren Analogie auch im Uebrigen zu befolgen ist. Francke S. 226 fg., Mühlenbruch XXXV S. 276 fg., Arndts S. 128. 129, Schröder S. 294 fg.

§ 582. [1] L. 32. l. 36 pr. § 1 C. 3, 28.

[2] L. 32 C. 3, 28, Nov. 18 c. 3. Die letzte Stelle entscheidet speciell den Fall, daß der Pflichttheilserbe zwar zum Erben auf das Ganze eingesetzt ist, einem Andern aber der Nießbrauch der Erbschaft hinterlassen ist. Vgl. Sf. XIII. 107. — Enthält eine bedingte oder befristete Auflage der Herausgabe des Zugewendeten eine Verletzung des Pflichttheils auch für den Fall, wo der Fruchtertrag der Zwischenzeit den Pflichttheil deckt? An und für sich ist diese Frage zu verneinen (mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß nur der Fruchtertrag des den Pflichttheil übersteigenden Betrages der Zuwendung in Anrechnung gebracht werden darf), und so entscheidet auch l. 8 § 11 D. 5, 2. Anders aber ist wohl die Frage zu beantworten nach l. 36 § 1 [pr.] C. 3, 28 (§ 581 [7]). Es möchte kaum im Sinne Justinian's sein, auch den Ertrag des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens zu der „ipsa substantia patris", nicht zu dem „adventicio iure" Gewonnenen zu rechnen. Vgl. auch l. 6 pr. C. 6, 49, und

seinen Pflichttheil beeinträchtigenden Hinzufügung verlangt, verliert er nicht, was ihm die Zuwendung des Erblassers über den Pflichttheil hinaus gewährt oder in Aussicht stellt [3], wenn der Erblasser dieß nicht ausdrücklich angeordnet hat. In einer solchen Anordnung hat der Erblasser ein Mittel in den Händen, den Pflichttheilsberechtigten zur freiwilligen Anerkennung der vom Erblasser getroffenen Verfügung in der Gestalt, wie er sie getroffen hat, zu bestimmen [4].

Gleichen Sinn wie die vorstehend genannten Bestimmungen Justinians hat die ferner von ihm getroffene Bestimmung, daß im Falle der Entwerthung einer zur Deckung des Pflichttheils gegebenen Sache dem Notherben nur ein Ersatzanspruch zustehen solle [5]. Justinian ist aber auf diesem Wege noch weiter gegangen, und hat vorgeschrieben, daß in allen Fällen, in welchen dem Notherben nur irgend Etwas gegeben worden sei, nicht Ungültigkeit des Testaments, sondern Ergänzung des Pflichttheils eintreten solle [6].

Mühlenbruch XXXV S. 325, Arndts S. 134, Schröder 370 fg.; a. M. Brinz 2. Aufl. II § 405 [38]. — Eine bedingte Auflage der Herausgabe des Zugewendeten enthält eine Verletzung des Pflichttheils deßwegen nicht weniger, weil ihr eine Zuwendung an den bedingt Belasteten für den entgegengesetzten Fall gegenüber steht, wovon speciell Anwendung auf den Fall gegenseitiger Substitution zweier Pflichttheilsberechtigten zu machen ist; l. 12 C. 3, 28 steht nicht entgegen. Doch sind die Ansichten über diese Stelle verschieden. Vgl. Glück VII S. 77, Mühlenbruch XXXV S. 327, Puchta Vorl. II S. 401, Rudorff Jahrb. d. gem. R. V S. 261 fg.

[3] L. 36 § 1c—1e [1] C. 3, 28. [RG XXXVI S. 252 fg.]

[4] S. g. cautela Socini, genannt (mit Unrecht) nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena († 1556). Vgl. Glück VII S. 86 fg., Francke S. 247 fg. Arndts S. 135 fg., Schröder S. 377 fg., Sf. IV. 206, XI. 165, XIX. 174. [Ausübung des Wahlr. RG. XXXI S. 198 fg.]

[5] L. 36 § 1 [pr.] C. 3, 28. Schröder S. 343 fg.

[6] L. 30. 31. 36 pr. C. 3, 28, § 3 I. 2, 18. Vgl. übrigens auch Paul. sentent. IV, 5 § 7 und dazu Schröder S. 483 fg., Fitting ZS. für RGesch. XI S. 439, vgl. auch Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 V S. 519 fg. — Fragen: 1) Gilt die Justinianische Vorschrift auch für den Fall, wo der Pflichttheil durch eine Zuwendung unter Lebenden gegeben ist? Ja; s. die Interpolation in l. 25 pr. D. 5, 2 („aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur"). Vgl. Mühlenbruch XXXVI S. 7 fg., 16 fg., Schröder S. 487 fg. 2) Gilt die Vorschrift auch für den Fall, wo der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, daß der Pflichttheilsberechtigte nicht Mehr erhalten solle, als das Zugewendete? Diese Frage wird verneint von Bluntschli S. 178, Arndts S. 103, Puchta § 489 a. E. 490 [n], Köppen Grundriß S. 57. 68. 69, Schröder S. 489 fg. Mit Unrecht. Zwar geht Justinian ohne allen Zweifel von der Auffassung aus, es sei anzunehmen, die Ergänzung liege im Sinne des Erblassers; dieß ergibt sich aus den Worten der l. 30 cit.: „sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non"

Um eine Verfügung, durch welche der Pflichttheil hinterlassen ist, gegen Verzögerungen in der Vollziehung zu sichern, hat Justinian vorgeschrieben, daß ein Descendent, welcher einem andern Descendenten etwas als Pflichttheil herauszugeben hat und damit bis zum Urtheil wartet, auf ein Drittel Mehr verurtheilt werden soll [7].

4. Gerechtfertigter Ausschluß vom Pflichttheil.

§ 583.

In dem Ausschluß vom Pflichttheil liegt nicht immer eine Verletzung des Pflichttheilserben. Sie liegt darin nicht:

1) wenn der Pflichttheilserbe durch sein Benehmen den Ausschluß verdient hat [1]. Die Beantwortung der Frage, ob er den Ausschluß verdient habe, ist im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen überlassen [2] Doch geben die Gesetze einzelne Anhaltspunkte [3]. Eine Erklärung des Erblassers, daß der Pflichttheilsberechtigte den Ausschluß verdient habe, ist nur dann nothwendig, wenn der Ausschluß kein totaler ist [4]. Was die Beweislast angeht, so ist es zunächst an dem Ausgeschlossenen, Beweise für sein Wohlverhalten vorzulegen; beruft

---

(womit zu vergleichen ist l. 4 C. Th. 2, 19), und mehr noch aus der Anordnung, die er trifft, daß die Ergänzung nicht wegen Unwürdigkeit der Pflichttheilsberechtigten verweigert werden könne, wenn der Erblasser ihn nicht selbst als unwürdig bezeichnet habe. Aber der Schluß, daß, weil der Gesetzgeber die Ergänzung als im Sinne des Erblassers liegend auffaßt, er sie für den Fall, daß sie nicht im Sinne des Erblassers liegt, habe ausschließen wollen, ist voreilig, und bei der sehr bestimmten Ausdrucksweise der Stelle unzulässig. Vgl. auch Francke S. 340, Mühlenbruch XXXVI S. 23, Arndts Pand. § 605 [4]. — Vgl. auch noch § 583 [4].

[7] L. 33 pr. C. 3, 28. Vgl. II § 263 [14. 15] und Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. III S. 362 fg.; ferner Glück VII S. 92, Francke S. 339. 340, Mühlenbruch XXXVI S. 27 fg., Sintenis III § 196 [20]. Sf. XIV. 245.

§ 583. [1] — „si meruit exheredari", l. 132 pr. D. 45, 1. L. 5 [§ 1] D. 5, 2: „Huius autem verbi de inofficioso vis illa . . . est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum". L. 7 pr. D. 48, 20. Daß dieß auch für Geschwister gelte, denen eine turpis persona vorgezogen ist, ist früher mit Unrecht bezweifelt worden. Francke S. 291 Mühlenbruch XXXVII S. 381 fg., Arndts S. 159, Schröder S. 348.

[2] Vgl. l. 3 § 5 D. 37, 4. — Anders war es mit den Gründen, welche den Freigelassenen berechtigten, den Patron vom Pflichttheil auszuschließen; dieselben waren positiv festgestellt. Vgl. Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus rc. S. 42 fg. — Sf. V. 120.

[3] L. 18. 19. 20. 23. 28. l. 33 § 1 C. 3, 28. S. auch Nov. 115 c. 3 § 12, Nov. 22 c. 47. Vgl. Glück VII S. 205 fg., Francke S. 292, Mühlenbruch XXXVII S. 382 fg.

[4] L. 30 pr. C. 3, 28. Vgl. § 582 [6 Ziff. 2]. Francke S. 290.

sich dem gegenüber der Eingesetzte auf Thatsachen, welche das Mißverhalten des Ausgeschlossenen darthun sollen, so liegt der Beweis für diese Thatsachen natürlich ihm ob [5].

2) In dem Ausschluß vom Pflichttheil liegt auch dann eine Verletzung des Pflichttheilserben nicht, wenn der Ausschluß in wohlmeinender Absicht [6] und im wohlverstandenen Interesse des Pflichttheilserben geschehen ist [7]. Unter der gleichen Voraussetzung ist auch eine Belastung der dem Pflichttheilserben gemachten Zuwendung mit Bedingungen und sonstigen Belastungen zulässig [8, 9]

---

[5] L. 3. 5 D. 5, 2, l. 28 C. 3, 28; l. 22. l. 30 pr. l. 34 C. 3, 28, Nov. 92 c. 1 § 1. Mühlenbruch XXXVII S. 123 fg., Arndts S. 101 — gegen Francke S. 291 fg., welcher principiell dem Eingesetzten den Beweis auflegt. Dem Letzteren folgt Schröder S. 350.

[6] S. g. exheredatio bona mente facta. Vgl. l. 18 D. 28, 2. „Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant . .“. L. 12 § 2 D. 38, 2. „Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa . .“. Literatur: Glück VII S. 255 fg., Francke S. 422 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 391 fg., Arndts RLex. III S. 901 fg., Schmidt Formelles R. der Notherben S. 166 fg., K. Schmidt ACPra. LIV S. 357 fg. (1871), Schröder S. 354 fg., Mayer I § 106. 107, Sintenis III § 197 [24 fg.], Sf. III. 86, XXXI. 252, XXXVIII. 327, Buchka u. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock III S. 289 fg.

[7] L. 16 pr. § 2 D. 27, 10: Jemand, der einen geisteskranken oder verschwenderischen Sohn hat, setzt dessen Kinder zu Erben ein, und hinterläßt ihm selbst nur die nöthigen Alimente.

[8] L. 25 C. 3, 28: eine Mutter setzt ihre Kinder unter der Bedingung der Emancipation durch den unzuverlässigen Vater ein. Vgl. l. 16 § 2 D. cit.

[9] Das im Text Gesagte ist die herrschende Lehre. Dagegen Francke a. a. O. Auch ich glaube nicht, daß die herrschende Lehre, wie sie thut, sich auf l. 18 D. 28, 2 und l. 12 § 2 D. 38, 2 berufen darf; ferner, daß l. 16 D. 37, 4 nur ein schwaches Zeugniß für sie ablegt (vgl. Francke S. 430, Schmidt S. 83 [54]). Was aber l. 16 § 2 D. 27, 10 und l. 25 C. 3, 28 angeht, so leugnet im Grunde auch Francke nicht, daß in diesen Stellen die Gültigkeit einer exheredatio bona mente facta anerkannt sei: er glaubt nur, daß diese Stellen durch Nov. 115 und Nov. 117 c. 1 beseitigt seien, was gewiß nicht der Fall ist. Vgl. § 589 [10]. Für sich anführen endlich darf die herrschende Meinung doch auch den der querela inofficiosi zu Grund liegenden Gesichtspunkt der dem Ausgeschlossenen zugefügten Kränkung (§ 584 [11]); daher keine Querel, wenn keine Kränkung beabsichtigt war. Allerdings ist dieses Argument nicht durchgreifend; denn eine unbedingte Geltendmachung des bezeichneten Gesichtspunktes würde dazu führen, die Querel auch da für nicht begründet zu erklären, wo die Ausschließung gar nicht im eigentlichen Willen des Erblassers lag, und dagegen s. l. 27 § 4 D. 5, 2, freilich auf der andern Seite auch l. 28 D. 5, 2, l. 93 [92] D. 28, 5, l. 3 C. 3, 28. Vgl. Francke S. 309 fg., Mühlenbruch XXXV S. 380 fg., Schröder S. 428 fg., Mayer Lehre von den Legaten ꝛc. § 27, auch oben § 548 [16] [RG. XLV S. 174 fg.]

5. Folgen des ungerechtfertigten Ausschlusses. Insbesondere von der querela inofficiosi testamenti.

§ 584.

Es ist zu unterscheiden, ob dem Pflichttheilsberechtigten zu Wenig, oder ob ihm gar Nichts hinterlassen ist.

Im ersten Falle hat der Pflichttheilsberechtigte, wie bereits bemerkt (§ 582), lediglich einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils [1]. Dieser Anspruch ist persönlicher Natur [2], gerichtet gegen den oder die eingesetzten Erben [3], gegen eingesetzte Pflichttheilserben natürlich nur bis zum Belange des Ueberschusses über den Pflichttheil [4], ist vererblich [5] und unterliegt der gewöhnlichen Verjährung [5, 5a].

Wenn dagegen dem Pflichttheilserben gar nichts hinterlassen ist, so hat er das Recht, das Testament umzustoßen, und erhält nicht bloß seinen Pflichttheil, sondern seinen ganzen Intestaterbtheil [6]. Er kann

---

§ 584. [1] L. 30. 31. 36 pr. C. 3, 28, § 3 I. 2, 18. Glück VII S. 146 fg., Francke S. 331 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 21 fg., Arndts S. 138 fg., Schröder S. 485 fg., Sintenis III § 200 Nr. I.

[2] Die Pflicht zur Ergänzung des Pflichttheils liegt auf der Erbschaft wie eine Schuld. Gegen die Ansicht, daß der Ergänzungsanspruch die Natur des Anspruchs aus der Hinterlassung theile, also hereditatis petitio sei, wenn der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingesetzt sei (Unterholzner Verjährungslehre II § 171, Puchta § 489 a. E.), s. Mühlenbruch S. 22 fg., Arndts S. 138, Schröder S. 491 fg.

[3] Aeltere Schriftsteller haben den Anspruch mit Unrecht für eine actio in rem scripta erklärt. Francke S. 332, Mühlenbruch S. 21, Arndts S. 139, Schröder S. 491. — Was der Erbe dem Pflichttheilsberechtigten herausgeben muß, darf er den auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmern verhältnißmäßig in Abzug bringen, nach Analogie des mit Vermächtnissen beschwerten Vermächtnißnehmers, welcher durch den Abzug der Falcidischen Quart etwas verliert. A. M. Arndts S. 140. Vgl. auch Mühlenbruch S. 131 fg. [Die Klage kann nicht gegen den Nießbrauchslegatar gerichtet werden: Sf. LIII. 165.]

[4] Nicht bis zum Belange des Ueberschusses über die Intestatportion. Arndts S. 140 — gegen Francke S. 334, Mühlenbruch S. 29. 33. Für die letztere Meinung auch Schröder S. 492 fg.

[5] Die Beschränkungen der querela inofficiosi testamenti finden auf ihn keine Anwendung, da sein Ziel nicht Umsturz, sondern Erhaltung des Testamentes ist. Was die Vererblichkeit angeht, vgl. l. 34 pr. C. 3, 28. Ein Gegengrund gegen die gewöhnliche Verjährung liegt in dieser Stelle nicht. Der Satz nisi bis competebat ist Parenthese, so daß der Schluß der Stelle sich auf ihn nicht mit bezieht. Vgl. Glück S. 147 fg., Francke S. 335, Mühlenbruch S. 34 fg., Schröder S. 497. — Ebensowenig wird der Ergänzungsanspruch durch Annahme des Hinterlassenen verloren, und dieß hat Justinian ausdrücklich ausgesprochen, l. 35 § 2 C. 3, 28 (§ 585 [3]), Sf. III. 187. 357.

[5a] Kann der Pflichttheilsberechtigte von dem Erben den Manifestationseid über den Betrag des Nachlasses verlangen? RG. VIII S. 163 [Sf. L. 252].

aber das Testament nicht durch seine bloße Erklärung umstoßen, sondern muß ein dasselbe umstoßendes richterliches Urtheil erwirken [7]. Das Fundament der zu diesem Zwecke zu erhebenden Klage [8] ist einerseits sein Intestaterbrecht [9], andererseits seine unverdiente Ausschließung [10] und die ihm dadurch widerfahrene Kränkung [11]. Der natürliche Beklagte in der Anfechtungsklage ist der eingesetzte Erbe [12]. Ist

[6] Vgl. l. 22 C. 3, 28: — „eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur".

[7] Das richterliche Urtheil „rescindit testamentum". S. z. B. l. 8 § 16 l. 17 pr. D. 5, 2. Vermittelt wird diese richterliche Befugniß durch die Vorstellung, das Testament sei von einem Wahnsinnigen errichtet. S. § 578 [2]. Aber freilich: „hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit . . . nam si vere furiosus esset vel demens, nullum es[se]t testamentum", l. 2 D. 5, 2. Vgl. Schröder S. 386 fg.

[8] Von einer Klage kann man hier reden, weil, wenn auch nicht eine Leistung des Gegners, doch ein richterlicher Spruch begehrt wird; in demselben Sinne also, in welchem man von Präjudicialklagen spricht, und in welchem man von einer Klage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sprechen kann. Vgl. § 359 [6] und Schröder S. 394 fg. Auch den Quellen ist der Ausdruck actio inofficiosi oder de inofficioso durchaus geläufig, s. z. B. l. 7. l. 12 § 3. l. 15 § 2. l. 21 pr. D. 5, 2, l. 12. 14. 25 C. 3, 28. Die gewöhnliche Bezeichnung der Quellen ist freilich nicht actio, sondern querela inofficiosi testamenti; der Pflichttheilsberechtigte beschwert sich über das Testament als ein liebloses, und verlangt auf Grund dieser Beschwerde seine Beseitigung. Statt querela wird auch accusatio (inofficiosi testamenti) gesagt, s. z. B. l. 6 § 2. l. 7. l. 17 pr. l. 27 pr. § 3 D. 5, 2, l. 11 C. 3, 28.

[9] Die Erklärung, von demselben Gebrauch machen zu wollen, liegt in der Anstellung der Klage selbst. Sind aber für den Erwerb der Erbschaft besondere Förmlichkeiten oder Fristen vorgeschrieben, so müssen diese beobachtet werden; daher nach r. R. für die prätorischen Erben Erbittung der bonorum possessio nöthig war. L. 6 § 2. l. 7. l. 8 pr. D. 5, 2, l. 2 C. 3, 28. Vgl. Vangerow II § 478 Anm. Nr. 2 und die das. Citirten.

[10] — „immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum", l. 5 § 1 D. 5, 2. Vgl. § 578 [4].

[11] Dieser Gesichtspunkt der dem Pflichttheilsberechtigten zugefügten Kränkung wird in den Quellen sehr entschieden hervorgehoben, und auch praktisch verwerthet. S. l. 8 pr. l. 22 pr. D. 5, 2, l. 18 D. 28, 2, l. 1 § 8 D. 38, 5, und § 585 [3. 5. 8]. Vgl. Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 V S. 107 fg.

[12] Der eingesetzte Erbe muß die Erbschaft angetreten haben — „ante aditam hereditatem nec nascitur querella", l. 8 § 10 D. 5, 2. Denn wird die Erbschaft nicht angetreten, so ist die Erbeseinsetzung ohnehin hinfällig. Auch ist vorher die dem Pflichttheilsberechtigten zugefügte Kränkung noch nicht vollendet (vgl. Schröder S. 382). — Damit der Pflichttheilsberechtigte nicht zu lange hingehalten werde, hat Justinian vorgeschrieben (l. 36 § 2 C. 3, 28), daß der eingesetzte Erbe nach Ablauf einer sechsmonatlichen bez.' einjährigen Frist (je nachdem er und der Pflichttheilsberechtigte in derselben Provinz wohnen oder nicht) durch den Richter zur Erklärung solle angehalten werden können. Das Präjudiz

derselbe im Besitz der Erbschaft, so verbindet sich mit der Anfechtungsklage naturgemäß eine Klage auf Herausgabe der Erbschaft[13]; es ist aber zur Klage gegen ihn nicht erforderlich, daß er im Besitze der Erbschaft sei[14]. Ist umgekehrt der Pflichttheilsberechtigte im

ist ihm dabei dahin zu stellen, daß er im Falle der Nichterklärung als ablehnend werde angesehen werden. Doch sind die Meinungen hierüber sehr verschieden. Vgl. § 598 [10] und Francke S. 256, Arndts S. 101 [86]; Mühlenbruch XLI S. 296 fg., Schröder S. 392, Sintenis III S. 622 Anm. Nr. 5, Dedekind das Deliberationsr. des Erben S. 47, Brinz 2. Aufl. III § 367 [19], Köppen Lehrbuch S. 135; Vangerow II § 478 Anm. a. E.

[13] S. z. B. l. 8 § 8. l. 16 § 1. l. 17. l. 19. l. 21 § 2. l. 27 § 3 D. 5, 2, l. 22 C. 3, 28, l. 5 § 2. l. 7 D. 5, 3, l. 3 C. 3, 31. Daher hereditatis petitio ex nomine de inofficioso, l. 34 pr. C. 3, 28; hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae, l. 20 pr. D. 37, 4. — Der hier vertretenen Ansicht, nach welcher die hereditatis petitio sich mit der querela inofficiosi testamenti nur verbinden kann, steht eine andere weit verbreitete Ansicht gegenüber, nach welcher die querela inofficiosi testamenti eine hereditatis petitio ist, nur eine besonders qualificirte hereditatis petitio. S. Glück VII S. 361, Francke S. 253 fg., Mühlenbruch XXXV S. 344 fg., Mayer § 84 [11], Sintenis III § 199 [1], Vangerow II § 478 Anm. Nr. 1, Brinz 2. Aufl. II § 404, Sf. XV. 144, XXIV. 251. Vgl. andererseits Arndts S. 99 fg., G. Hartmann über die querela inofficiosi testamenti nach classischem R., akad. Programm 1864 (darüber Schlesinger kr. VJS. VII S. 470 fg.), Bekker Aktionen I S. 272 fg., Fitting das castrense peculium S. 232 fg., Schröder S. 396 fg. Fernere Literaturnachweise bei Vangerow a. a. O., Hartmann a. a. O. S. 4. 5. Dernburg III S. 296. Die hier zurückgewiesene Ansicht läßt den Pflichttheilserben in allen Fällen hülflos, in welchen der eingesetzte Erbe nicht im Besitze der Erbschaft (im Sinne der hereditatis petitio) ist, und andererseits gegen denjenigen, welcher die Erbschaftssachen besitzt, die Voraussetzungen der hereditatis petitio nicht vorliegen. Entscheidende Quellenzeugnisse stehen jener Ansicht nicht zur Seite; die zu Anfang der Note genannten Stellen haben den regelmäßigen Fall im Auge; am Meisten spricht noch für sie l. 1 C. 3, 28; eher gegen als für sie Paul. sent. IV, 5 § 4, l. 6 § 1 und l. 20 D. 5, 2, obgleich auch diese Stellen nicht entscheidend sind, wie denn von Anderen l. 20 cit. gerade umgekehrt für sie angeführt wird. [Eisele Sav.-ZS. XV S. 256 fg. (1894) führt unzweifelhaft zutreffend aus, daß die querela inofficiosi an das Centumviralgericht wegen der Form der Einleitung des Verfahrens (leg. act. sacram.) nur im Wege der hereditatis petitio kommen konnte, und mit großer Wahrscheinlichkeit ferner, daß es neben dem Centumviralverfahren ein zweites Querelverfahren und zwar Cognitionenverfahren gab, in welchem durch Urtheil das Testament vernichtet wurde. Diese Querel muß dann aber, worüber Eisele S. 281 fg. sich nicht frei von Schwankungen äußert, als etwas der hereditatis petitio gegenüber juristisch Selbstständiges angesehen werden. Ob sie auf die lex Glitia zurückzuführeu ist (S. 282 fg.), dürfte zweifelhaft bleiben.]

[14] S. die vorige Note. Das Interesse, welches der Pflichttheilserbe daran hat, die Querel gegen den nicht besitzenden Testamentserben durchzuführen, besteht darin, daß er sich auf das gegen ihn erstrittene Urtheil Dritten gegenüber

Besitze, so wird regelmäßig der Antrag auf Umstoßung des Testamentes dem Zweck der Vertheidigung gegen die Erbschaftsklage des Eingesetzten dienen [15]; doch kann der Besitzer auch ohne einen gegen ihn gerichteten Angriff mit der Anfechtungsklage gegen den Eingesetzten vorgehen [15a]. Uebrigens darf es dem Pflichttheilsberechtigten nicht verwehrt werden, sich auch einem Andern als dem eingesetzten Erben gegenüber klage- oder vertheidigungsweise darauf zu berufen, daß das Testament als ein liebloses zu beseitigen sei, und der Richter kann sich der Entscheidung über diese Incidentfrage nicht entziehen [16]. In diesem Falle wirkt aber das von ihm gesprochene Urtheil nur zwischen den Parteien [17], während das zwischen dem Pflichttheilsberechtigten und dem eingesetzten Erben [18] gesprochene Urtheil auch Dritten gegenüber Recht macht [19]. Bei diesem Letzteren ist jedoch

---

bei Verfolgung von Erbschaftsansprüchen berufen kann. S. Note [19]. — A. M. die in der vorigen Note zu Anfang angeführten Schriftsteller, jedoch außer Mühlenbruch XXXV S. 361 [39]; über und gegen diese Auffassung s. Arndts S. 99 [95].

[15] L. 8 § 13 D. 5, 2.

[15a] Vgl. 585 [7a]. A. M. Schröder S. 402 wegen l. 7 § 1 D. 5, 3. Gegen diese Ansicht Hartmann a. a. O. S. 21.

[16] Anders wie es scheint die herrschende Meinung, auch diejenigen, welche die Querel mit der hereditatis petitio nicht identificiren. Aber das Gesagte ist eine nothwendige Folge dieser Nicht-Identification. Wollte man den Pflichttheilsberechtigten auf einen vorher gegen den eingesetzten Erben zu führenden Proceß verweisen, so käme man in Verlegenheit für den Fall, daß dieser wegen mangelnden Interesses das Testament nicht vertheidigen will. Uebereinstimmend Schröder S. 417 fg., mit Berufung auf l. 7 § 1 D. 5, 3, in welcher Stelle aber immerhin der eingesetzte Erbe der Gegner ist, wenn auch nicht die Erbschaft von ihm vindicirt wird.

[17] Vgl. l. 1 D. 44, 2.

[18] Welchem gleichzustellen ist natürlich sein Erbe; aber ohne allen Zweifel auch der Erbschaftsvermächtnißnehmer oder wer sonst statt seiner die Erbschaft als Erbschaft hat. Vgl. l. 1. 10 C. 3, 28.

[19] Der siegreiche Notherbe „et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri . . . . potest, et corpora vindicare“, l. 15 § 2 D. 5, 2. Er kann das Urtheil den im Testamente Freigelassenen entgegenhalten, wie der besiegte Testamentserbe es den auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmern entgegenhalten kann. L. 8 § 16. l. 17 § 1. l. 28 D. 5, 2, l. 36 D. 32. Vgl. l. 17 § 1 cit.: „Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamentifactionem habuisse defunctus non creditur . . . creditur ius ex sententia iudicis fieri“. Ebenso steht das rescindirende Urtheil dem Pupillarsubstituten entgegen, l. 8 § 5 D. 5, 2. — Jedoch wirkt das Urtheil gegen Dritte nur dann, wenn der Eingesetzte das Testament auch wirklich vertheidigt hat, und wenn er es ernstlich vertheidigt hat; überdieß haben Dritte, welche bei dem Ausfall des Processes betheiligt sind, Interventions- und Appellationsr. L. 17 § 1. l. 18 D. 5, 2, l. 50 § 1 D. 30, l. 5 § 1. 2. l. 14 D. 49, 1. Vgl. Keller

der bisher allein ins Auge gefaßte Fall vorausgesetzt, daß Einem eingesetzten Erben Ein Pflichttheilserbe gegenübersteht. Sind dagegen [20]

a) mehrere eingesetzte Erben vorhanden, so kann sich der Pflichttheilserbe auf das gegen den einen der eingesetzten Erben erstrittene Urtheil einem andern eingesetzten Erben gegenüber nicht berufen, und derselbe bleibt, wenn der Pflichttheilserbe nicht auch ihm gegenüber die Anfechtungsklage siegreich durchführt [21], Testamentserbe [22]. Ebensowenig kann der Pflichttheilserbe für den einem eingesetzten Erben nicht abgestrittenen Erbtheil dritten Personen gegenüber auftreten [23].

b) In gleicher Weise kann sich, wenn mehrere Pflichttheilserben vorhanden sind, auf das von dem einen derselben erstrittene Urtheil ein anderer Pflichttheilserbe nicht berufen, und noch weniger kann es ein nichtpflichttheilsberechtigter Intestaterbe; auch in diesem Falle bleibt das Testament für den dem eingesetzten Erben nicht abgestrittenen Erbtheil aufrecht [24]. Jedoch kann, wenn ein Pflichttheils-

---

Litiscontestation und Urtheil § 46 [11], Vangerow I S. 286 Nr. 6, und überhaupt in diesem Lehrbuch I § 132 [9. 10], CPO. § 63 [66], Wach Handb. des Civilpr. I S. 627.

[20] Vgl. zum Folgenden, worüber theilweise viel Streit ist (s. namentlich Note [24]): Glück VII S. 433 fg., Francke S. 254 fg. 298 fg., Mühlenbruch XXXV S. 392 fg. XL S. 154 fg., Huschke Rhein. Mus. VI S. 339 fg., Witte RLex. I S. 285 fg., Arndts S. 102. 103, Bering S. 404 fg., Hartmann ([18]) S. 14 fg. 24 fg., Bekker (das.) S. 277 fg., Vangerow II § 479 Anm. 1, § 480 Anm. 1, Sintenis III § 199 Nr. 2, Schröder S. 442 fg.

[21] Er will nicht klagen; oder er kann nicht klagen, weil er Geschwister und der Eingesetzte keine unehrenhafte Person ist; oder er unterliegt in Folge einer Meinungsverschiedenheit zwischen den mehreren Richtern der mehreren Sachen.

[22] L. 15 § 2 D. 5, 2. „Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a debitoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri". L. 19 D. 5, 2: — „non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur". L. 25 § 1 D. 5, 2. — „testamentum pro parte valet". L. 13 C. 3, 28: — „pro . . parte resolutum est testamentum". L. 24 D. 5, 2, l. 76 pr. D. 31, l. 12 § 4 D. 38, 2. Vgl. Sf. XLI. 23.

[23] L. 15 § 2 D. 5, 2 ([22]): — „debitores convenire . . . *pro parte* potest, et corpora vindicare . .".

[24] Bestritten. Nach einer andern Meinung (Huschke, Witte, Bering, Sintenis) soll durch das von einem Pflichttheilserben erstrittene Urtheil die

erbe durch Verzicht, Verjährung oder Tod von der Anfechtungsklage ausgeschlossen ist, dieselbe statt seiner von dem mit ihm Pflichttheilsberechtigten geltend gemacht werden [25]. Nicht zu verwechseln mit dem hier betrachteten Falle ist der Fall, wo Jemand, welcher gar nicht pflichttheilsberechtigt ist, kraft eines irrigen Urtheils die Umstoßung

---

vollständige Intestatsuccession eröffnet werden, also auch zu Gunsten der gültig ausgeschlossenen oder gehörig abgefundenen Pflichttheilserben und zu Gunsten der nicht pflichttheilsberechtigten Intestaterben. In diesem Satze läge aber ein schwerer Bruch der subjectiven Beschränkung der Kraft des Urtheils, ein Bruch, welcher um so auffälliger sein würde, als für den Fall einer Mehrheit der eingesetzten Erben anerkanntermaßen das Gegentheil gilt. Man hat zwar nachzuweisen versucht, weßwegen eine abweichende Behandlung unseres Falls gerechtfertigt oder nöthig sei, aber m. E. ohne Erfolg. Bei dieser Lage der Sache müßten dem behaupteten Satze sehr zwingende Quellenzeugnisse zur Seite stehen, wenn er angenommen werden sollte, und dieß ist nicht der Fall. Ueber l. 6 § 1 und l. 25 § 1 D. 5, 2 s. Note [26]. L. 19 D. 5, 2 spricht gewiß nicht für ihn, wie man auch sonst über diese schwierige Stelle denken mag; vielmehr geht aus derselben hervor, daß jedenfalls ein eingesetzter Pflichttheilserbe auf das von einem andern Pflichttheilserben gegen einen andern eingesetzten Erben erstrittene Urtheil (zum Zweck der Erlangung eines größeren Erbtheils) sich nicht berufen kann. Mit Bestimmtheit spricht gegen den aufgestellten Satz l. 16 pr. D. 5, 2. Denn wenn es hier heißt, daß die Schwester, welche nicht geklagt hat, dem Bruder, welcher die Klage durchgeführt hat, „in legitima hereditate non concurrit", so hat man kein Recht, dieß dahin zu verstehen, daß sie ihm in seinem Erbtheil nicht concurrire; vielmehr ergibt ein einfacher Schluß a contrario (wenn sie die Klage durchgeführt hat, ist sie neben ihm Intestaterbin auf ihren Erbtheil), daß sie von der Intestaterbschaft ausgeschlossen werden soll. Uebrigens, wenn die Stelle wirklich nur sagen wollte, daß die Schwester dem Bruder, welcher die Klage durchgeführt hat, von seinem Erbtheil nichts nehmen könne, hätte das doch offenbar nur den Sinn, daß ihre Aussichtslosigkeit dem anderen eingesetzten Bruder gegenüber als selbstverständlich vorausgesetzt wird. — Nicht darf gegen den von den Gegnern aufgestellten Satz l. 29 pr. D. 44, 2 angeführt werden, weil diese Stelle annimmt, daß der zweite Pflichttheilsberechtigte den Proceß zwar angestellt aber verloren habe, und für diesen Fall der Satz nicht behauptet wird.

[25] L. 17 pr. l. 23 § 2 D. 5, 2. Der Fall des Todes ist in diesen Stellen nicht genannt; aber es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß er den beiden anderen Fällen gleichzustellen ist. — Der Mitpflichttheilsberechtigte kann die Anfechtungsklage des Ausfallenden geltend machen, d. h. er tritt an dessen Stelle nur unter der Voraussetzung, daß derselbe auch seinerseits das Testament hätte anfechten können. Dieß setzen die genannten Stellen voraus. Doch fehlt es auch hier nicht an Meinungsverschiedenheit, und vgl. freilich l. 24 D. 38, 2 (Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus rc. S. 40 [17]). Vangerow § 480 Anm. 1, Dedekind Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen S. 94 fg., Schröder S. 451 fg. — Daß der Mitpflichttheilsberechtigte, welcher das Anfechtungsr. des Ausfallenden geltend machen will, selbst nicht vom Anfechtungsr. ausgeschlossen sei, ist hier als selbstverständlich angenommen. Vgl. Vangerow § 480 Anm. 2 und l. 21 § 2 D. 37, 14.

des Testamentes erstreitet; auf dieses Urtheil kann sich allerdings der wahre Pflichttheilserbe berufen, während es dem Sieger nicht nützt [26].

c) Stehen mehreren eingesetzten Erben mehrere Pflichttheilserben gegenüber, so muß jeder Pflichttheilserbe seinen Erbtheil verhältnißmäßig jedem eingesetzten Erben gegenüber erstreiten. —

Ist der eingesetzte Erbe, welcher dem Pflichttheilserben gegenüber steht, seinerseits Intestaterbe, mag er allein oder mit Andern eingesetzt sein, so kann gegen ihn Aufhebung des Testamentes nur soweit erstritten werden, als er auf Mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist [27].

§ 585.*

Das an und für sich begründete Anfechtungsrecht fällt weg:

a) durch Verzicht des Berechtigten [1], daher namentlich auch durch Vergleich mit dem Eingesetzten [2]. Wie der Verzicht wirkt auch jede

[26] L. 6 § 1. l. 25 § 1 D. 5, 2. Auf Grund der letzten Stelle macht man eine Ausnahme für den Fall, wo die Umstoßung des Testamentes bloß für einen Theil der Erbschaft erstritten worden ist, und so auch dieses Lehrbuch in früheren Ausgaben [bis zur 4.]. Aber wohl mit Recht versteht Schröder S. 436 fg. die l. 25 § 1 cit. dahin, daß in derselben gültige Enterbung der Pflichttheilsberechtigten angenommen werde („quia praecedentes eum personae exclusae sunt"), welche Enterbung deßwegen aufrecht bleibe, weil das Testament nicht ganz rescindirt werde („et testamentum pro parte valet"). — Auch in diesem Satz liegt ein Bruch der Reconsequenz, wie in dem in Note [21] zurückgewiesenen Satz, aber bei Weitem kein so weit gehender, und vor allen Dingen kein Bruch, der sich selbst in Widerspruch mit der Behandlung eines ganz parallelen Falles setzte. — Hiernach muß nun auch behauptet werden, daß, wenn Einem von mehreren Pflichttheilsberechtigten irrigerweise als alleinigem Intestaterben die ganze Erbschaft zugesprochen wird, auf dieses Urtheil sich allerdings auch der andere Pflichttheilsberechtigte berufen kann, obgleich dafür l. 19 D. 5, 2 (*vv.* ceterum si quis putaverit *cett.*) nicht angeführt werden darf, da hier das Eintreten der vollständigen Intestatsuccession offenbar nicht als wirklicher, sondern als angenommener Fall hingestellt wird. — Ist aber in dem einen und dem andern Fall dem wirklichen Pflichttheilsberechtigten der Zutritt auch dann eröffnet, wenn ihm gegenüber Ausschließungsgründe vorliegen? Die eben genannten Stellen drücken sich ganz allgemein aus; aber ich glaube, daß ihnen gegenüber eine Beschränkung in dem bezeichneten Sinne, eine Beschränkung, durch welche allein eine schreiende Ungerechtigkeit vermieden wird, ebenso gerechtfertigt ist, wie gegenüber den in der vorigen Note genannten Stellen beim Anwachsungsr.

[27] L. 19 D. 5, 2, l. 6. 7 D. 37, 7. Die l. 19 cit. gehört zu den sechs leges damnatae der Glossatoren, und schwerlich wird man sich jemals über ihre Auslegung ganz vereinigen. Mir scheinen die Schwierigkeiten zu verschwinden, wenn man 1) festhält, daß mit den Worten „itaque dici potest" nur ein Zweifels-, kein Entscheidungsgrund eingeführt wird; 2) wenn man sich entschließt, in dem mit den bezeichneten Worten beginnenden Satz die Worte „et obtineat" als Glossem hinauszuwerfen, so daß dieser Satz sagen würde: es ließe sich allenfalls behaupten, die Siegerin könne auf Grund des erstrittenen Urtheils mit der

irgendwie ausgedrückte Anerkennung des Testamentes [3]. Umgekehrt verliert der mit der Anfechtungsklage Abgewiesene das ihm im Testament Hinterlassene an den Fiscus [4]. — Das Anfechtungsrecht geht ferner verloren

b) durch fünfjährige Nichtgeltendmachung [5], worüber jedoch der Richter in außerordentlichen Fällen sich hinwegsetzen kann [6]. Die fünfjährige Zeit wird von der Antretung der Erbschaft an gerechnet [7].

---

hereditatis petitio die ganze Erbschaft in Anspruch nehmen. Statt „quae omissa est etiam si" würde ich vorschlagen zu lesen: „quae omissa est testamento, si".

* Glück VII S. 474 fg., Francke S. 312 fg., Mühlenbruch XXXV S. 437 fg., Arndts S. 100. 101, Schröder S. 467 fg. Vangerow II § 481 Anm., Sintenis III S. 629 fg.

[1] L. 34 i. f. C. 3, 28, l. 17 pr. D. 5, 2. Nach r. R. war Verzicht bei Lebzeiten des Erblassers unverbindlich, l. 35 § 1 C. 3, 28; heutzutage ist er gültig, wie jeder Erbverzicht. Sf. XX. 150 (Entscheid. d. OAG. zu Rostock V S. 370 fg.). XXX. 47. § 585.

[2] L. 35 § 1 C. 3, 28.

[3] L. 8 § 10. l. 10 § 1. l. 12. l. 23 § 1. l. 31 § 2—4. l. 32 D. 5, 2, vgl. auch l. 8 § 1 D. 5, 2, l. 1 C. 2, 21 [22]. Wenn übrigens in diesen Stellen gesagt wird, daß namentlich auch durch Annahme eines im Testamente hinterlassenen Vermächtnisses das Anfechtungsr. verloren werde, so ist zu bemerken, daß nach neuestem R. das Anfechtungsr. überhaupt wegfällt, sobald nur Etwas hinterlassen ist (§ 584 z. A.), und daß der Ergänzungsanspruch durch Annahme einer Gabe aus der Hand des Erblassers nach der ausdrücklichen Verfügung Justinian's in l. 35 § 2 C. 3, 28 nicht verloren wird. Im Uebrigen vgl. über die weitgehende Art, in welcher der Gesichtspunkt der Anerkennung hier verwerthet wird, namentlich: l. 23 § 1 D. 5, 2 (Kauf oder Miethe einer Erbschaftssache von dem Eingesetzten, Zahlungsleistung an denselben); l. 32 pr. D. 5, 2 (Unterstützung eines Andern bei der Einklagung eines Vermächtnisses aus dem Testament). Die Erklärung dafür kann allein in der Natur der Anfechtungsklage als einer gegen eine Kränkung der Person gerichteten Klage gefunden werden, s. auch l. 5 § 1 D. 34, 9. Vgl. noch Bähr Anerkennung S. 216 fg. (2. Ausg.), Dedekind Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen S. 70 fg., Sf. XXXV. 43. — Ueber die entsprechenden Bestimmungen in Betreff des vom Freigelassenen ausgeschlossenen Patrons vgl. Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus rc. S. 55 fg., Dedekind a. a. O. S. 86 fg.

[4] L. 8 § 14 D. 5, 2, vgl. l. 12. 22. 30 § 1 eod. Vgl. § 671, 1. Sf. XV. 39. In Betreff des Patrons vgl. Schmidt a. a. O. S. 91.

[5] L. 16. l. 34 i. f. C. 3, 28, vgl. l. 8 § 17. l. 9. l. 23 § 2 D. 5, 2. Vgl. außer den bei * Genannten noch: Unterholzner Verjährungslehre II § 169, Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilr. S. 30—39. — Auch diese kurze Verjährung beruht jedenfalls mit auf dem Gesichtspunkt der Kränkung, welche die Querel verfolgt. Vgl. namentlich Demelius a. a. O.

[6] L. 8 § 17 D. 5, 2. Die Zeit der Minderjährigkeit wurde in die Verjährungszeit nicht eingerechnet, schon ehe Justinian seine allgemeine Verfügung in l. 5 C. 2, 40 [41] getroffen hatte, l. 2 C. eod.

Ihr Ablauf wird dem zur Anfechtung Berechtigten dadurch nicht unschädlich gemacht, daß er im Besitz der Erbschaft ist [7a].

c) Endlich geht das Anfechtungsrecht auch dadurch verloren, daß der Berechtigte stirbt, ohne dessen Geltendmachung vorbereitet zu haben [8]. Nur von Descendenten auf Descendenten geht das Anfechtungsrecht ohne Vorbereitung über [9].

Zum Schluß ist noch zu bemerken, daß die querela inofficiosi testamenti nicht zur Ausfüllung der durch das formelle Notherbenrecht gelassenen Lücken bestimmt ist, und daß sie daher nicht Platz greift, wenn der Notherbe schon nach den Grundsätzen des formellen Notherbenrechts zur Erbschaft gelangen kann [10].

Anhang: Verletzung des Pflichttheils durch Verfügungen unter Lebenden*.

§ 586.

Das Anfechtungsrecht wegen Verletzung des Pflichttheils ist von letztwilligen Verfügungen auf freigebige Zuwendungen unter Lebenden

[7] Nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's in l. 36 § 2 C. 3, 28. Justinian erzählt, Modestin habe von dem Tode des Erblassers an rechnen wollen.

[7a] Vgl. I § 112 [8]. A. M. Francke S. 314, Mühlenbruch S. 462. 463, Schröder S. 476.

[8] L. 6 § 2. l. 7 D. 5, 2. Auch dieser Satz hat seinen Grund mit darin, daß die Anfechtung dem Pflichttheilserben die Genugthuung für eine Kränkung verschaffen soll; er erklärt sich aber auch schon daraus, daß eine nicht erworbene Erbschaft auf die Erben nicht übergeht. — Vorbereitung gibt den Erben des Notherben auch dann ein Anfechtungsr., wenn der Notherbe vor Antritt der Erbschaft stirbt. L. 34. l. 36 § 2 C. 3, 28. Da nun erst mit dem Antritt der Erbschaft „nascitur querela“ (l. 8 § 10 D. 5, 2), so geht in diesem Falle nicht sowohl ein wirklich vorhandenes, als ein eventuelles Anfechtungsr. über, nicht sowohl ein Anfechtungsr., als die rliche Möglichkeit der Anfechtung. Vgl. auch Göring Jahrb. f. Dogm. XV S. 184 fg.

[9] Nach Justinian's Bestimmung in l. 34 C. 3, 28, vgl. l. 36 § 2 i. f. C. 3, 28. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift wird übrigens wesentlich dadurch gemindert, daß nach neuestem R. der Enkel das Testament auch aus eigenem R. anfechten kann. Vgl. § 579 [9], § 573 [4]. Ueber die Frage, ob Justinian's Vorschrift nicht auf den Fall zu beschränken sei, wo der Pflichttheilsberechtigte vor der Erklärung des Eingesetzten gestorben ist, s. einerseits Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. III. 18, Arndts S. 101 [10b], welche diese Frage verneinen, andererseits Glück VII S. 464 fg., Francke S. 317 fg., Vangerow II § 478 Nr. 3, Schröder S. 479, welche sie bejahen. Ebenfalls bejahend Sf. XIX. 248.

[10] § 2 I. 2, 18. Deßwegen wird die querela inofficiosi testamenti in l. 4 C. 6, 28 als „ultimum adiutorium“ bezeichnet. Nach einer andern Meinung

ausgedehnt worden [1]. Hierfür gelten im Allgemeinen die Grundsätze von der querela inofficiosi testamenti [2]. Namentlich sind die berechtigten Personen dieselben [3]; ebenso ist die Höhe des Pflichttheils

soll die querela inofficiosi testamenti überhaupt, nicht bloß dem formellen Notherbenr. gegenüber, subsidiär sein. S. dagegen l. 8 § 12 D. 5, 2, l. 14. 16 C. 3, 28; auch l. 1 § 6 D. 37, 12 (Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus &c. S. 136 fg.). Vgl. Vangerow II § 481 Anm. Nr. 3 und die das. Citirten, Schröder S. 481 fg.

* Cod. 3, 29 de inofficiosis donationibus. 3, 30 de inofficiosis dotibus. — Glück VII S. 156 fg., Francke S. 498 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 38 fg., Mayer § 108. 109, Arndts RLex. VIII S. 162 fg., Schröder S. 498 fg. Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Zimmern in seinen und Neustetel's r.-rlichen Untersuchungen S. 58 fg. (1821). Kritz exegetisch-praktische Abhandlungen Nr. 5 (1824). Breidenbach ACPra. XXVII S. 338 fg. XXVII S. 28 fg. (1844. 1845). S. ferner Vangerow II § 482, Sintenis, III S. 635—638, Brinz 2. Aufl. III S. 266 fg., Unger § 86. Vgl. auch die Zusätze von E. A. Seuffert zu seines Vaters Lehrbuch § 664.

[1] In der That kann es keinen Unterschied machen, ob der Erblasser über seinen Nachlaß in einer Weise verfügt, daß der Notherbe seinen Pflichttheil erhält oder ob er sein Vermögen in der Weise mindert, daß der Notherbe seinen Pflichttheil im Nachlasse nicht vorfindet. Vgl. l. 3 C. 3, 29 (de inofficiosis donationibus): — „qui cum . . patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquissent"; l. 4 C. 3, 29 — immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit", s. auch l. 6. 8 C. 3, 29, l. 1 C. 3, 30; l. 5 C. 3, 29: — „facultates tuas per donationes vacuefecisti"; l. 7 C. 3, 29: „evisceratis opibus". — Im Besonderen nennen die Quellen Schenkungen und Dotalbestellungen (welche letzteren auch dann hierher gehören, wenn sie keine Schenkungen im streng juristischen Sinne des Wortes sind, vgl. II § 492 [4. 5]). Vgl. Arndts S. 170. Negotia mixta donatione gehören hierher, soweit sie Schenkungen sind (II § 365 [3]). Vgl. Arndts S. 170, Schröder S. 550 fg., Sf. III. 356, IX. 193, XXIII. 152. — Nicht gehören hierher Schenkungen von Todeswegen; dieselben sind, soweit sie den Pflichttheil schmälern, einfach hinfällig, wie Vermächtnisse. Vgl. § 676 [5], l. 17 D. 39, 6, l. 5 C. 6, 50, und den Rfall bei Fitting ACPra. L S. 56 fg. Sf. XXV. 253. Ebensowenig gehört hierher der Erbvertrag; die in demselben enthaltene Erbeseinsetzung steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die in einem Testament enthaltene, ist deßwegen nicht weniger Erbeseinsetzung, weil sie nicht in einem Testament gemacht ist. Hartmann Erbverträge S. 70 fg., Stobbe V § 311 Nr. IX. 1, Wendt Pand. S. 838. A. M. Sf. IV. 138, V. 36, XX. 147, XXXI. 151, RG. XI S. 216 (der Notherbe soll nicht die Erbeseinsetzung umstoßen, sondern nur seinen Pflichttheil erhalten, vgl. Note [18]). Vgl. § 587 [2 a. E.]. § 586.

[2] L. 9 C. 3, 29. „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda .". Vgl. l. 1. 2. 4. 6. C. 3, 29.

[3] Bestritten: a) für die Geschwister von Puchta § 491 [c] s. auch Arndts S. 163. Allerdings sind die Geschwister nicht ausdrücklich genannt; aber auf

in gleicher Weise zu bestimmen [4]. Bei Beantwortung der Frage, ob durch die freigebige Verfügung der Pflichttheil verletzt ist oder nicht [5], ist zunächst zu sehen auf den Bestand des Vermögens zur Zeit der Zuwendung, so daß die Zuwendung eine pflichtwidrige nicht ist, wenn sie von dem zu dieser Zeit vorhandenen Vermögen den Pflichttheil übrig läßt, und auch eine pflichtwidrige nicht wird, wenn das übrig gelassene Vermögen später eine Verminderung erleidet [6]. Von der andern Seite hört eine Zuwendung, welche zur Zeit, wo sie gemacht

---

Grund der in der vorigen Note genannten Stellen muß das R. der querela inofficiosi testamenti festgehalten werden, bis eine Abweichung bewiesen ist. So auch die herrschende Meinung. Francke S. 533, Mühlenbruch S. 55. 58, Arndts S. 164, Vangerow S. 280, Schröder S. 509. b) Ferner streitet man darüber, ob nachgeborene Notherben ein Anfechtungsr. haben. Die herrschende Meinung ist für die Bejahung auch dieser Frage: dagegen Mühlenbruch S. 70, Vangerow Nr. I. 4 a. E. Für die Verneinung spricht, daß auch eine dem Betrage nach nicht pflichtwidrige Schenkung durch spätere Minderung des Vermögens nach allgemeinem Anerkenntniß nicht pflichtwidrig wird (Note [6]); für die Bejahung aber doch wohl in entscheidender Weise l. 5 C. 3, 29. Denn wenn auch diese Stelle zunächst nur von einem Rückforderungsr. des Erblassers zu verstehen ist ([15]), so ist doch, wie Francke S. 519 und Arndts S. 16 mit Recht bemerken, nicht anzunehmen, daß sie die Versorgung der nachgebornen Kinder, welche ausgesprochenermaßen ihr Zweck ist, von der Willkür des Erblassers habe abhängig machen wollen. Vgl. auch Schröder S. 509 fg., Unger § 86 [8].

[4] S. auch Nov. 92. Die Meinung Zimmern's a. a. O., daß für Ascendenten und Geschwister hier die alte Quart ihre Geltung behalten habe, ist ohne alle Nachfolge geblieben. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. I 3 a. E., Schröder S. 515.

[5] Vgl. zum Folgenden: Glück VII S. 156 fg., Francke S. 508 fg., Mühlenbruch S. 117 fg., Arndts S. 166 fg., Schröder S. 521 fg., Vangerow Nr. I. 2, E. A. Seuffert a. a. O. und § 653 [1], Dernburg III § 156, 1a, [[Verh. des 21. dtsch. Jur.-Tags III S. 87 fg.]] [Gutachten von Endemann und Reatz in den Verh. des 20. Jur.-Tags II S. 46 fg. 70 fg.]

[6] Nur sind, wenn die Verminderung durch neue freigebige Zuwendungen herbeigeführt wird, diese pflichtwidrig. Dem Testator kann nicht gestattet sein, durch Theilhandlungen einen Erfolg hervorzubringen, welchen durch eine Handlung hervorzubringen ihm verboten ist. Von der andern Seite nimmt er eben Theilhandlungen vor; seine spätere Handlung ist nicht eine Fortsetzung der früheren, mit dieser eine Einheit bildend, sondern sie ist eine neue Handlung. Deßwegen ist die Meinung (vgl. die bei Glück VII S. 174 Genannten) falsch, daß die Anfechtung nicht gegen die letzte Schenkung, sondern verhältnißmäßig gegen alle Schenkungen zu richten sei. — Was von späteren freigebigen Verfügungen unter Lebenden gilt, gilt in derselben Weise auch von letztwilligen Verfügungen, durch welche dem Notherben der übrig gebliebene Pflichttheil entzogen oder beschränkt wird. Vgl. Nov. 92. — Sf. IV. 68. 137, VII. 213, XXIII. 152. 238, XXV. 253, RG. IV S. 120, Sf. XLV. 107.

wurde, eine pflichtwidrige war, auf, eine pflichtwidrige zu sein, wenn das Vermögen des Erblassers sich in der Weise vermehrt, daß der Notherbe aus seinem Nachlasse, mit Einrechnung der früher gemachten Zuwendung und der neuen Vermögensvermehrung, den Pflichttheil erhält [7]. Ebenso hört die Zuwendung dadurch auf eine pflichtwidrige zu sein, daß der Pflichttheil sich vermindert [8]. Freigebige Zuwendungen, welche der Notherbe seinerseits erhalten hat, muß er sich in den Pflichttheil einrechnen [9]. Zur Pflichtwidrigkeit der Zuwendung genügt die Thatsache, daß sie den Pflichttheil verletzt; Absicht den Pflichttheil zu verletzen, ist nicht erforderlich [10]. Schlechtes Benehmen des Notherben schließt auch dieses Anfechtungsrecht aus [11]. Gerichtet ist das Anfechtungsrecht gegen den Empfänger der Zuwendung, nicht gegen den dritten Besitzer [12]. Die Wirkung der Durchführung des Anfechtungsrechtes ist Aufhebung der Zuwendung bis zum Betrage des Pflichttheils, nicht der ganzen Zuwendung [13]. Verlust des An-

---

[7] Der Notherbe kann nicht Mehr verlangen, als sein Pflichttheil betragen haben würde, wenn gar keine Schenkung gemacht worden wäre. Wenn daher Jemand, der 12000 im Vermögen hat, die ganzen 12000 wegschenkt, hinterher aber neue 6000 erwirbt, so ist der Pflichttheil nicht verletzt, wenn derselbe 1/3, wohl wenn er 1/2 beträgt. Fällt die Vermehrung hinterher wieder weg, so lebt auch das Anfechtungsr. wieder auf. Vgl. E. A. Seuffert a. a. O. [11].

[8] Z. B. durch den Wegfall eines Pflichttheilserben von 1/2 auf 1/3. Vgl. E. A. Seuffert a. a. O. Note 11a.

[9] Was er gegen den Gegner geltend macht, muß er auch gegen sich gelten lassen. L. 6. 7 C. 3, 29. Sf. XVI. 233. Um so mehr fällt das Anfechtungsr. weg, wenn der Pflichttheilsberechtigte trotz des Uebermaßes der Schenkung durch letztwillige Verfügung dennoch seinen Pflichttheil erhält. Dieser Fall ist so zu denken, daß der Pflichttheilsberechtigte einen Mitintestaterben hat, welcher entweder gar nicht pflichttheilsberechtigt, oder gerade der Beschenkte ist. Von diesem letzteren Fall handelt Nov. 92. Vgl. E. A. Seuffert a. a. O. § 653 [9], Schröder S. 529.

[10] So die herrschende Meinung; dagegen unter den Neueren Kritz S. 125 fg., Mühlenbruch S. 74 fg., E. A. Seuffert a. a. O. [5], Schröder S. 515 fg., Brinz 2. Aufl. III § 405 [45], Dernburg III § 156. Allerdings enthalten die in l. 87 § 3 D. 31, l. 1. 8 C. 3, 29 und Vat. fr. § 270 entschiedenen Fälle das Moment der Verkürzungsabsicht; aber ebenso bestimmt wird von diesem Moment abgesehen in l. 2. 3. 4. 6. 7. C. 3, 29 und Vat. fr. § 271. 280. 282, und für nothwendig erklärt wird es in keiner Stelle. Vgl. Francke S. 505 fg., Arndts S. 165 fg., Vangerow Nr. I. 3.

[11] L. 9 C. 3, 29, Nov. 92 c. 1 § 1.

[12] A. M. Glück VII S. 175 und die daselbst Genannten, unter den Neueren Brinz 1. Aufl. S. 852. 2. Aufl. III § 405 [52]. S. dagegen Francke S. 520 fg., Mühlenbruch S. 70 fg., Arndts S. 164, Schröder S. 504.

[13] So, sehr bestimmt, l. 2. 5. 7. 8 C. 3, 29, l. un. C. 3, 30. Nov. 92 c. 1, und dafür denn auch die herrschende Meinung. Glück S. 159 fg.,

fechtungsrechtes tritt aus den im § 585 genannten Gründen ein [14]. — Auch der Erblasser kann im Falle der Nachgeburt von Kindern von einer früher von ihm gemachten Zuwendung soviel zurückfordern, als der Pflichttheil der Kinder beträgt [15].

C. Die Novelle 115*.

§ 587.

Die Novelle 115 [1] läßt das Notherbenrecht der Geschwister unberührt [1a]; in Betreff des Notherbenrechts der Descendenten und Ascendenten hat sie folgende neue Bestimmungen getroffen.

1. Descendenten und Ascendenten haben einen Anspruch nicht bloß auf Hinterlassung des Pflichttheils, sondern auch auf Erbeseinsetzung [2].

Francke S. 521 fg., Mühlenbruch S. 97 fg., Arndts S. 164 fg., Vangerow Nr. II, Schröder S. 531 fg., Sf. IX. 193. Allerdings entscheidet anders l. 87 § 3 D. 31; aber diese Stelle (ein Rescript von Alexander enthaltend) zeigt das Institut in seinen ersten Anfängen, und kann nicht zweifelhaft machen, wohin das R. sich später festgestellt hat. Doch wird auch das Gegentheil vertheidigt, schlechthin oder mit allerlei Unterscheidungen, so unter den Neueren von Zimmern und Breidenbach a. a. OO.

[14] Note [2] und l. ult. C. 3, 29. Die Verjährung des Anfechtungsr. ist aber vom Erbschaftsantritt unabhängig, da es nicht erst mit diesem entsteht. [Sf. LII. 247.] — Auch hier (vgl. § 585 [10]) wird absolute Subsidiarität des Anfechtungsr. behauptet; aber l. 4 C. 3, 29 sagt nur: „ideoque non est tibi *necessarium* . . auxilium ad instar inofficiosi testamenti". Vergl. jedoch Schröder S. 546.

[15] Welches Rückforderungsr. aber keine querela inofficiosae donationis, sondern ein gewöhnliches obligatorisches Rückforderungsr. ist (s. g. condictio ex lege). Dasselbe beruht auf l. 5 C. 3, 29. Francke S. 519, Mühlenbruch S. 56 fg., Breidenbach XXVIII S. 37 fg., Vangerow Nr. I. 4. Früher war die herrschende Meinung (vgl. Glück VII S. 167 fg., Mühlenbruch S. 57 [22]) gegen dieses Rückforderungsr., indem sie in l. 5 C. cit. nur eine Querel der Kinder selbst anerkannt fand; so auch jetzt noch Savigny System IV S. 226 [10], Arndts S. 163 [877]. Die Sache ist zweifelhaft; doch glaube ich, daß die letztere Ansicht den Worten der l. 5 cit. („ad patrimonium tuum revertatur") zu viel Gewalt anthut. Vgl. auch E. A. Seuffert a. a. O. [5a].

* Vgl. außer den bei § 575 Genannten noch: Heumann über das neueste Notherbenr. nach Nov. 115, ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 161 fg. (1842).

§ 587. [1] Die Nov. 115 ist vom Jahre 542. Dieselbe handelt übrigens nicht ausschließlich vom Notherbenr., sondern nur in c. 3. 4. 5 pr. In den übrigen Theilen der Novelle ist von sehr fremdartigen und sehr verschiedenen Dingen die Rede. Die Bestimmungen über das Notherbenr. sind veranlaßt durch einen einzelnen Fall, der zu Justinian's Cognition gekommen war (c. 5 pr.).

[1a] RG. XIV S. 190. Wendt Pand. S. 828. 829 am Ende der Anm. steht mit seiner gegentheiligen Ansicht wohl ganz allein.

2. Enterbt oder übergangen werden dürfen sie nur unter Angabe des Grundes, und nur aus einem der im Gesetze bezeichneten Gründe [3]. Die Wahrheit des angegebenen Grundes muß im Bestreitungsfalle von dem eingesetzten Erben dargethan werden [4].

3. Sind die Descendenten oder Ascendenten ohne Angabe eines Grundes oder aus einem gesetzlich nicht anerkannten oder unwahren Grunde enterbt oder übergangen worden, so treten sie an Stelle der eingesetzten Erben [5]; dagegen bleibt der übrige Inhalt des Testamentes aufrecht [6].

Für den Fall, daß Descendenten oder Ascendenten zwar zu Erben eingesetzt sind, aber auf Weniger als ihren Pflichttheil, so be-

[2] Nov. 115 c. 3 pr.: „Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem . .“. c. 4 pr.: „Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare . .“. — Gilt dieß auch für den Fall, wo der Erblasser über sein Vermögen durch Erbvertrag verfügt? Dafür Sf. I. 89; dawider das. IV. 138. 243, V. 36, VII. 26, IX. 321, RG. XI S. 215. Vgl. Roth bayr. Civilr. III § 335 [61 fg.]. [2. Aufl. (Becher) § 364 [88 fg.]]

[3] Das c. 3 pr. fährt an der oben abgebrochenen Stelle fort: — „nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur“. Ebenso c. 4 pr.: — „nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint“.

[4] c. 3 § 14: — „Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suum habere firmitatem decernimus“. Ebenso c. 4 § 9. Vgl. Sf. X. 70.

[5] c 3 § 14 ([4]) fährt fort: "Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire . .“. Ebenso c. 4 § 9.

[6] c. 3 § 14 fährt fort: „Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedem legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum donationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum“. Ebenso c. 4 § 9.

hält es sein Bewenden bei dem bestehenden Recht, wonach sie nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können [7]. Ebenso behält es sein Bewenden bei dem früheren Recht für den Fall, daß ihr Pflichttheil durch Zuwendungen unter Lebenden verletzt ist [8]. —

Von den oben genannten drei Punkten ist im Folgenden näher zu handeln.

§ 588.

Descendenten und Ascendenten haben einen Anspruch auf Erbeseinsetzung. Nicht bloß der Ausschluß vom Vermögen, sondern auch das Nichtbedenken unter den Erben gilt als eine vom Gesetze mißbilligte Kränkung [1]. Aber sie haben keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung auf ihren Pflichttheil; sie müssen mit einer Erbeseinsetzung auf den kleinsten Theil zufrieden sein, wenn ihr Pflichttheil durch eine sonstige Verfügung gewahrt ist [2]. Andererseits ist mit einer ganz inhaltlosen Erbeseinsetzung der Vorschrift des Gesetzes nicht genügt [3]. Ist der Erbeseinsetzung eine Bedingung hinzugefügt [4], so wird dieselbe

---

[7] c. 5 pr. „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri“. Gegen die Meinung (Puchta § 493 [a], Köppen Grundriß S. 79), daß bei ausdrücklicher Beschränkung auf Weniger als den Pflichttheil ohne Angabe eines Enterbungsgrundes oder unter Angabe eines ungültigen oder unwahren doch wieder Ungültigkeit der Erbeseinsetzung eintrete (vgl. § 582 [6]), s. Arndts S. 137, Schmidt S. 171 [51].

[8] Die Novelle spricht von diesem Falle gar nicht.

§ 588. [1] c. 5 pr. — „Sola est enim nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre“. Präterition und Exheredation sind kein R. des Erblassers mehr, sondern dürfen nur als „poena ingratitudinis“ (c. 4 i. f.) verhängt werden. Gilt nach der Behauptung Dernburg's III § 152, 2 heutzutage nicht mehr; dagegen Wendt S. 823. 824. Wendt ist aber der Ansicht, daß für Ascendenten schon die Novelle Erbeseinsetzung nicht vorschreibe.

[2] Daß sie bei Einsetzung auf Weniger als den Pflichttheil nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können, sagt die Novelle ausdrücklich (§ 587 [7]); daß sie sich dabei müssen anrechnen lassen, was sie durch eine sonstige Verfügung erhalten haben, sagt sie zwar nicht ausdrücklich, aber es liegt offenbar in ihrem Sinne. Vgl. Francke S. 393.

[3] Z. B. mit einer Erbeseinsetzung auf „das Uebrige“ nach vollständiger Vertheilung der Erbschaft. Francke S. 394 fg., Mühlenbruch XXXV S. 322. XXXVII S. 366 fg., Arndts S. 141. 142, Vangerow II S. 296. Vgl. Sf. VIII. 277, XI. 66, XIX. 173, XXIX. 253. — Einsetzung ex re certa genügt, c. 5 pr.

[4] S. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes: Francke S. 385 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 218 fg., Arndts S. 142 fg.,

gestrichen [5], auch die Potestativbedingung; abgesehen von der auf den nackten Willen des Eingesetzten gestellten [6]. Substitution ist gehörige Einsetzung nicht [7], und zwar tritt der Substituirte als Intestat- nicht als Testamentserbe ein [8].

Schmidt S. 160; ferner Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XVII S 232 fg., v. Scheurl Beiträge II 2 S. 311 fg., Sintenis III S. 591 fg., Vangerow II § 484 Anm. Nr. I.

[5] So Mühlenbruch, Schmidt, Heumann, Vangerow, RG. XVII S. 127, während Francke, Arndts, Sintenis, v. Scheurl, der Ansicht sind, daß die bedingte Erbeseinsetzung als Nichteinsetzung anzusehen sei. Die Rechtfertigung des im Text aufgestellten Satzes ist bei den genannten Vertheidigern desselben eine verschiedene. Nach meiner Ansicht darf er nicht auf die Regel gegründet werden, daß bei Erbeseinsetzungen überhaupt unzulässige Bedingungen zu streichen sind (I § 94) — denn die Bedingung ist ja hier nicht an und für sich unzulässig, sondern eben weil in ihr eine Verletzung des Notherbenr. enthalten ist — sondern lediglich auf die Analogie der l. 32 C. 3, 28. Allerdings handelt dieses Gesetz nur von der Hinterlassung des Pflichttheils; aber wenn Justinian in Nov. 115 dem Anspruch auf Hinterlassung des Pflichttheils den Anspruch auf Erbeseinsetzung gleichstellt, so ist es auch in seinem Sinne, daß die Verfügung, welche gemacht wird, um dieser letzteren Verpflichtung zu genügen, in derselben Weise von ungehörigen Beschränkungen befreit werde, wie nach l. 32 cit. diejenige Verfügung von solchen Beschränkungen befreit werden soll, welche gemacht wird, um der Verpflichtung zur Hinterlassung des Pflichttheils zu genügen. Es ist diese Frage ein Theil der allgemeinen Frage nach der Natur der in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle eintretenden Ungültigkeit. S. § 591. — Nach dem Präteritionsre trat eine Verbesserung der bedingten Erbeseinsetzung durch Abzug der Bedingung unbestritten nicht ein (l. 4 C. 6, 25, l. 83 D. 35, 1), obgleich es nicht unbestritten ist, ob nicht für Töchter und Enkel bedingte Einsetzung genügend gewesen sei (l. 4. l. 6 § 1 D. 28, 5, l. 1 § 8 D. 38, 16, l. 4 C. 6, 28), und der Prätor bonorum possessio contra tabulas nicht sofort, sondern nur bei Ausfall der Bedingung gab (l. 3 § 12—14. l. 18 pr. D. 37, 4, l. 2 § 1. l. 5 pr. D. 37, 11). Vgl. Francke § 4. 11, Schmidt S. 41 fg., Vangerow § 469, v. Scheurl S. 320 fg., Schröder S. 73 fg. Ueber die Frage, ob nicht dieses R. für die Personen, auf welche es sich bezog, auch nach der Novelle noch Geltung behalten habe, s. § 592.

[6] Nach dem Präteritionsr. galt nicht für fehlerhaft nicht bloß die Einsetzung unter der Bedingung si volet (l. 86 D. 28, 5), sondern auch die Einsetzung unter einer Potestativbedingung überhaupt, vorausgesetzt daß die Erfüllung derselben nicht mit Schwierigkeiten für den Eingesetzten verbunden war (l. 4 D. 28, 5, l. 15. 28 D. 28, 7, l. 20 § 4 D. 38, 2). Anders ist im Sinne der l. 32 C. cit. zu entscheiden, da die Nöthigung zu irgend einer Handlung eine Beschränkung der Freiheit ist, und daher in der Vornahme derselben ein Opfer liegt (vgl. I § 98). Heumann S. 238, A. M. Mühlenbruch S. 213. 214, Vangerow a. a. O., Schmidt a. a. O. Auch Arndts und Sintenis machen auf ihrem Standpunkt ([5]) eine Ausnahme für die Potestativbedingung als solche.

[7] Man darf nicht dabei stehen bleiben, daß die Substitution eine bedingte Erbeseinsetzung sei. Die Folge dieser Auffassung wäre nach der hier vertretenen

§ 589.

Um Descendenten und Ascendenten gültig auszuschließen, bedarf es keiner ausdrücklichen Enterbung; es genügt Nichteinsetzung [1]. Nur muß unter allen Umständen aus der Verfügung des Erblassers erhellen, daß der in derselben genannte Ausschließungsgrund auf diese bestimmte Person, oder auch auf diese Person, bezogen worden sei [2]. Eine bedingte Enterbung genügt, wenn der Notherbe für den entgegengesetzten Fall zum Erben eingesetzt [3], oder die Bedingung der Enterbung vor dem Tode des Erblassers erfüllt ist [4]. Enterbung

---

Ansicht von der Behandlung der bedingten Erbeseinsetzung, daß der Substituirte neben dem Eingesetzten Erbe würde (nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. annimmt, statt seiner). Sondern der Substituirte ist zugleich durch die Einsetzung des Instituirten übergangen, und macht daher dessen Einsetzung ungültig. Vgl. l. 14 § 1 D. 28, 2: — „vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere", und s. die Stellen der folgenden Note.

[8] Das Digestenr. unterscheidet: ist die Erbeseinsetzung in Folge der ungehörigen Ausschließung der Notherben von Anfang an nichtig, so tritt die Substitution in Kraft; wird die Erbeseinsetzung hinterher hinfällig (durch Erscheinen eines postumus, durch bonorum possessio contra tabulas), so fällt mit ihr auch die Substitution weg. L. 76 [75] D. 28, 5, l. 43 § 2 D. 28, 6, l. 3 § 6 D. 28, 2; l. 5 D. 28, 3, l. 14 pr. D. 28, 2, l. 8 § 5 D. 37, 4. Vgl. Vangerow II § 470 Anm., Francke S. 77 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 336 fg., Arndts S. 86 fg., Schmidt S. 38. Weßwegen diese Unterscheidung nicht auch im neuesten R. noch zur Anwendung zu bringen sei, ist nicht abzusehen. Daher müssen diejenigen, welche nach dem R. der Novelle durch die ungehörige Ausschließung eines Notherben die Erbeseinsetzungen von Anfang an nichtig werden lassen, den Substituirten als testamentarischen, diejenigen, welche, wie dieses Lehrbuch (§ 591), die Erbeseinsetzungen in irgend einer Weise erst später wegfallen lassen, als Intestaterben berufen, Alle aber müssen ihn als Intestaterben berufen in Folge des Erscheinens eines postumus. Die Schriftsteller sind hier nicht immer consequent. Vgl. Francke S. 397, Heumann S. 239 fg., Arndts S. 144 fg., Vangerow II S. 285.

§ 589. [1] So ausdrücklich die Novelle. S. § 587 [2. 3].

[2] Vgl. Francke S. 399—400, Mühlenbruch XXXVII S. 230—231, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III, Arndts S. 145.

[3] Eine solche Erbeseinsetzung kann auch in der bedingten Enterbung selbst liegen, ja wird regelmäßig darin gefunden werden müssen, wobei nur die Frage bleibt, ob der bedingt Enterbte anstatt des Eingesetzten oder neben demselben hat eingesetzt werden sollen. Vgl. § 546 [11], Mühlenbruch XXXVII S. 227—228, A. M. Arndts S. 146.

[4] Francke S. 401—402. Andere (Arndts S. 145—146, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III, s. auch Schmidt S. 165 [25]) erklären die bedingte Enterbung schlechthin für gültig, mit Berufung darauf, daß, wer unbedingt enterbt werden dürfte, sich auch über das Mindere, eine bedingte Enterbung nicht beklagen könne. Aber er kann jedenfalls eine bestimmte Enterbung verlangen; hier ist er aber nur möglicherweise enterbt.

unter der Bedingung des künftigen Eintretens eines Ausschließungsgrundes ist gültig, wenn der Ausschließungsgrund vor dem Tode des Erblassers wirklich geworden ist [5]. Enthält das Testament Substitutionen, so muß die Ausschließung von jedem Grad erfolgen [6]; fehlt sie bei einem Grade, so sind die Erbeseinsetzungen dieses [7] und aller folgenden Grade ungültig [8]. Die Zulässigkeit der Enterbung in wohlmeinender Absicht [9] ist durch die Novelle nicht aufgehoben worden [10].

Die Verkürzung im Pflichttheil steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die Ausschließung von der Erbeseinsetzung, d. h. auch sie muß durch ausdrückliche Nennung eines der in der Novelle anerkannten Ausschließungsgründe gerechtfertigt werden [11].

---

[5] Die Novelle hat nur den Fall im Auge, wo der Ausschließungsgrund zur Zeit der Errichtung des Testamentes bereits wirklich geworden ist. Aber ihre Meinung ist doch die, daß von der Erbschaft ausgeschlossen werden dürfe der Schuldige, und das kann in ihrem Sinne wohl nur dahin verstanden werden; der jetzt Schuldige oder zur Zeit der Eröffnung der Erbschaft schuldig Gewordene. Bei der Wortinterpretation bleiben stehen Heumann ZS. für CR. u. Pr. XVII S. 248, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III a. E.; dagegen v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 353, Mühlenbruch XXXVII S. 231 fg., Arndts S. 147, Schmidt S. 164—165, Sintenis III S. 603.

[6] Sonst ist die Ausschließung keine vollständige. So auch das Präteritionsr., welches sich hier nicht durch den Gesichtspunkt: exheredationes non esse adiuvandas (l. 19 D. 28, 2), sondern durch berechtigte sachliche Erwägungen leiten ließ. L. 3 § 2 D. 28, 2, l. 8 § 3 D. 37, 4. Für die Frage, wann man in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers anzunehmen habe, daß die Enterbung auf alle Grade bezogen sei oder nicht, hat bereits das ältere R. das Princip der freien Interpretation aufgestellt. L. 3 § 3—5 D. 28, 2, l. 1 C. 6, 28. Vgl. Francke S. 69 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 428 fg., Arndts RLex. III S. 899, Schmidt S. 53, Vangerow II § 470 Anm. a. E., Schröder S. 94 fg.

[7] Das Präteritionsr. erklärte den Grad, welchem gegenüber die Präterition vorlag, für ungültig auch ohne daß er an die Reihe gekommen war, so daß aus demselben nicht geerbt werden konnte, wenngleich der Präterirte vorher weggefallen war. L. 8. l. 14 pr. D. 28, 2, l. 3 § 6. l. 4. 5 D. 28, 3. Dieß fällt für das neueste R. nach der hier gebilligten Ansicht von der Natur der nach Novelle 115 eintretenden Ungültigkeit weg, während die Vertheidiger der absoluten Nichtigkeit das Gegentheil annehmen müssen (vgl. § 588 [8]).

[8] So das Präteritionsr. für den Fall des Erscheinens eines postumus und der Geltendmachung der bonorum possessio contra tabulas, während es bei anfänglicher Ungültigkeit eines vorhergehenden Grades den folgenden rief. L. 5 D. 28, 3, l. 14 pr. D. 28, 2, l. 8 § 5 D. 37, 4. Vgl. die vorhergehende Note und § 588 [8].

[9] S. § 588, 2.

[10] So Arndts RLex. III S. 901, Mühlenbruch XXXVII S. 394 fg., Schmidt S. 169, K. Schmidt ACPra. LIV S. 377, A. M. Unter-

§ 590.

Die einzelnen Ausschließungsgründe sind folgende [1].

A. Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen können [2].

1. Lebensnachstellung.
2. Thätlichkeiten.
3. Sonstige schwere Beleidigungen.
4. Peinliche Anklage, außer wegen Verbrechen gegen den Landesherrn und gegen den Staat.
5. Falsche Denuntiation, durch welche dem Ascendenten ein bedeutender Nachtheil erwachsen ist [3].
6. Unzucht mit der Ehefrau des Ascendenten [4].

Holzner ACPra. II S. 52 fg., theilweise Zimmern das. VIII S. 153 fg., s. auch Francke S. 439.

[11] Die Novelle sagt dieß nicht ausdrücklich; allein sie will offenbar, „daß ohne Angabe und Bewahrheitung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ein Notherbe nicht nur von der Erbeseinsetzung nicht ausgeschlossen werde, sondern auch jedenfalls seinen ganzen Pflichttheil erhalte". Arndts S. 124. Andere (so Francke S. 340. 341, Schmidt S. 170) verlangen zwar einen gesetzlichen Enterbungsgrund, aber nicht ausdrückliche Nennung desselben.

§ 590. [1] Glück VII S. 209 fg., v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 128 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 140 fg., Francke S. 404 fg., Arndts RLex. III S. 895 fg., Vangerow II § 484 Anm. Nr. II, Sintenis III S. 603 fg. — Die Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen dürfen, sind in c. 3, die Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen, sind in c. 4 der Novelle enthalten. Eine analogische Ausdehnung der hier angegebenen Gründe ist im Princip nicht ausgeschlossen; doch wird man mit Vorsicht verfahren müssen, weil Justinian ausdrücklich erklärt, daß er die einzelnen Ausschließungsgründe deßwegen nenne, um die bestehende Rsungewißheit zu beseitigen (c. 3 pr.). Vgl. Glück VII S. 248 fg., Francke S. 412 fg., Arndts RLex. III S. 898, Vangerow II S. 287 fg., Schmidt S. 163 fg.; andererseits Mühlenbruch XXXVII S. 176 fg. Eine besondere hierher gehörige Frage ist, ob Vergehen gegen den einen Ascendenden oder Descendenten den andern zur Ausschließung berechtigen; s. darüber Mühlenbruch S. 171 fg., Arndts S. 897 fg., Vangerow S. 288, andererseits Schmidt S. 164. Ueber particuläre Bestimmungen s. Stobbe deutsch. Privatr. I § 45 [17].

[2] Außer den im Folgenden aufgezählten Gründen nennt die Novelle noch (§ 14) Irrglauben; dieser Grund ist heutzutage nicht mehr praktisch (I § 55). Sf. XI. 166.

[3] Die Vulgata spricht zwar von einem delator im Allgemeinen; aber der bestimmtere Sinn dieses Wortes erhellt aus dem griechischen Urtext, welcher συκοφάντης (= calumniator) hat. Mühlenbruch S. 149—150. Die Novelle sagt ferner: „si delator contra parentes *filius* exstiterit", und deßwegen wollen Einige diesen Ausschließungsgrund auf männliche Descendenten beschränken, Mühlenbruch S. 149; dagegen Arndts S. 896 [14].

7. Verhinderung an der Errichtung eines Testamentes [5].
8. Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängniß befindlichen Ascendenten; jedoch gilt dieß nur für männliche Descendenten [6].
9. Vernachlässigung während einer Geisteskrankheit.
10. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft, vorausgesetzt, daß der Descendent das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat.
11. Gemeinschaft mit Giftmischern und mit Personen, die sich mit Zauberei abgeben, und Theilnahme an deren Treiben [7]
12. Schauspieler- und Gauklerleben gegen den Willen des Ascendenten [8].
13. Schlechter Lebenswandel der Tochter, Enkelin ꝛc. oder Heirath wider den Willen des Ascendenten, es müßte denn der Ascendent bis zu ihrem 25. Jahre keine Fürsorge für ihre Verheirathung getroffen haben [9].

B. Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen [10].
1. Lebensnachstellung.
2. Anklage wegen eines todeswürdigen Verbrechens, außer wegen Hochverraths [11].
3. Unzucht mit der Ehefrau des Descendenten [12].

[4] Die Novelle nennt auch hier nur den Sohn; außer der Ehefrau des Ascendenten aber auch dessen Concubine. Vgl. Mühlenbruch S. 147—149.

[5] Dieß erklärt bereits l. 23 C. 3, 28 für eine „iusta causa offensae".

[6] Nach der ausdrücklichen Erklärung der Novelle (§ 8).

[7] „Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur" (§ 4). Der griechische Text hat: „εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται". Dieser Ausdruck hat den doppelten im Text bezeichneten Sinn. Mühlenbruch S. 144—146.

[8] „Si filius praeter voluntatem parentum arenariis vel mimis se sociaverit" (§ 10). Der griechische Text hat: „μεταξὶ κυνηγῶν ἢ μίμων". Vgl. Arndts S. 896 [78]. S. auch l. 11 C. 3, 28.

[9] Dieser Ausschließungsgrund ist im Gesetze (§ 11) sehr schlecht ausgedrückt. Vgl. Francke S. 407 fg., Mühlenbruch S. 153 fg., Vangerow S. 286. RG. XV S. 166.

[10] Auch hier bezeichnet die Novelle als ferneren Ausschließungsgrund Irrglauben, vgl. Note [3].

[11] Nov. 115 c. 4 § 1: „Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint (εἰ οἱ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν)". Vgl. Mühlenbruch XXXVII S. 167 fg.

4. Verhinderung an der Errichtung eines Testamentes [13].
5. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft.
6. Vernachlässigung in einer Geisteskrankheit.
7. Giftmischerei gegen den eigenen Ehegatten, um demselben das Leben oder den Verstand zu nehmen [14].

Die Ausschließungsgründe verlieren ihre Kraft durch Verzeihung des Verletzten, und nicht bloß wenn die Verzeihung vor Errichtung des Testamentes [15], sondern auch wenn sie später erfolgt [16].

§ 591.

Wenn Descendenten und Ascendenten in nicht gehöriger Weise von der Erbeseinsetzung ausgeschlossen sind, so sollen nach der Vorschrift der Novelle die im Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen ungültig sein [1]. Ueber die Natur dieser Ungültigkeit ist seit der Zeit der Glossatoren gestritten worden, und wird noch gestritten [2]. Eine Meinung erklärt dieselbe für Nichtigkeit (s. g. Nullitätssystem) [3], eine andere für Anfechtbarkeit nach den Grundsätzen der querela inofficiosi testamenti (s. g. Inofficiositätssystem) [4], eine dritte Meinung

---

[12] Andere beschränken diesen Ausschließungsgrund auf die Frau des Sohnes, oder gar des Haussohnes. Vgl. Mühlenbruch S. 168, Arndts S. 897 [22], Vangerow S. 287. Die Novelle nennt auch hier (vgl. [4]) die Concubine mit.

[13] Auch in Beziehung auf diesen Fall werden die gleichen Beschränkungen behauptet, wie in Beziehung auf den vorigen. Vgl. Mühlenbruch S. 169, Arndts S. 897 [23].

[14] Muß der verfolgte Ehegatte Ascendent des Enterbenden sein? Vgl. Mühlenbruch S. 170, Arndts S. 897 [24].

[15] Eine verziehene Schuld ist keine Schuld mehr. S. auch l. 11 § 1. l. 17 § 6 D. 47, 10. So die Mehrzahl der Schriftsteller. A. M. vereinzelt Schmidt S. 166; s. auch Glück VII S. 217 fg.

[16] Es ist für diesen Fall nicht weniger wahr, daß eine verziehene Schuld keine Schuld ist. Francke S. 415, Arndts RLex. III S. 899—900, s. auch Glück VII S. 219 fg.; a. M. Mühlenbruch XXXVII S. 185 fg., Vangerow II S. 288, Sintenis § 197 [22]. Dagegen auch Sf. V. 34, XXXV 301.

§ 591. [1] S. § 587 [5].

[2] Vgl. die (übrigens theilweise sich auf die im folgenden § erörterte Frage mit beziehenden) Uebersichten bei Glück VII S. 335 fg., Bluntschli S. 267 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 298 fg., Francke S. 367 fg., Arndts S. 106 fg., Vangerow II § 485 Anm.

[3] S. Note [6] fg.

[4] Dieses System, welches, wie übrigens auch die beiden andern Systeme, sich bereits in der Glosse vertreten findet, ist unter den Aelteren namentlich von Cujacius und Donellus vertheidigt worden, und wird unter den Neueren vertheidigt namentlich von Glück VII S. 335 fg., Unterholzner Verjährungslehre II § 170, Elvers Themis N. F. I S. 236 fg., Mayer § 104, Köppen

unterscheidet: bei Nichtanführung eines Ausschließungsgrundes soll Nichtigkeit, bei Anführung eines unwahren Ausschließungsgrundes Anfechtbarkeit eintreten (s. g. gemischtes System)[5]. Die Vertheidiger der Nichtigkeit sodann sind unter sich wieder in wesentlichen Punkten uneins. a) Die Einen lehren, die Erbeseinsetzungen, denen ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe gegenüberstehe, seien schlechthin nichtig, auch wenn der Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr lebe[6]. b) Nach einer anderen Meinung sollen die Erbeseinsetzungen nicht von Anfang an nichtig sein, sondern dadurch nichtig werden, daß zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe vorhanden ist[7]. c) Eine dritte Meinung geht noch weiter und läßt die Erbeseinsetzungen erst dadurch nichtig werden, daß der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandene Notherbe erklärt, von seinem Notherbenrechte Gebrauch machen zu wollen, läßt aber dann, wie die beiden vorgedachten Meinungen, reine Intestaterbfolge eintreten[8]. d) Nach einer vierten Meinung endlich soll durch diese Erklärung des Notherben Intestaterbfolge nur zu Gunsten der ungehörig ausgeschlossenen Notherben eintreten[9].

Von diesen verschiedenen Systemen und Meinungen hat am Wenigsten für sich das gemischte System[10]. Für das Nullitäts-

---

System S. 160 fg. und Grundriß S. 78 fg., Brinz 1. Aufl. S. 744 fg. 2. Aufl. III S. 107 fg., Dernburg III § 154, Wendt § 357. 361. Sf. XIV. 244.

[5] Dieses System, lange Zeit in der Praxis als das herrschende anerkannt (vgl. Mayer § 104 [8]), wird unter den Neueren nur noch von Puchta § 493 und Vorl. dazu vertreten.

[6] So unter den Neueren Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 203 fg., Bering S. 421 fg., Schmidt S. 174 fg., Vangerow II § 485, Sintenis III § 198. Auch Brandis ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 197 fg. gehört hierher, will jedoch bei späterem Wegfall des Notherben auf dem Wege der b. p. secundum tabulas helfen.

[7] So Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 256 fg., Wächter S. 843 fg., theilweise Tewes § 139.

[8] So Bluntschli S. 234 fg., Francke S. 382 fg., Arndts S. 106 fg., Sf. III. 85, vgl. XXV. 452, XLIV. 262. [XLVIII. 273.]

[9] So Puchta § 493 für den oben bezeichneten Fall, Leist Fortsetzung von Glück Serie der Bücher 37 und 38 II S. 178 fg. — Für die Nullität ohne nähere Bezeichnung Sf. XXVIII. 43, XXXIII. 240, RG. XI S. 230. S. auch Sf. III. 355, V. 205, VIII. 70, X. 274, XIX. 247. [Relative Nichtigkeit, querela nullitatis ex iure novo, Verzicht darauf: Sf. LIII. 19.]

[10] Die Novelle sagt in c. 3: „Si autem *haec* observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed . .“, in c. 4: „Si autem *haec omnia* non fuerint observata, nullum vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed . .“. Von

system in seiner bei a gedachten reinen Gestalt spricht höchstens der Wortlaut der Novelle [11]. Verläßt man eine buchstäbliche Auslegung derselben, so wird man durch die verschiedenen Abstufungen des Nullitätssystems hindurch bis zur letzten gedrängt [12], welche sich mit dem Inofficiositätssystem ganz nahe berührt [13]. Ob auch der Ueber=

---

einer Unterscheidung zwischen den verschiedenen Punkten der für die Enterbung gegebenen Vorschriften ist keine Spur vorhanden.

[11] Höchstens. Man beruft sich auf den Ausdruck: „nullam vim (μηδεμίαν δύναμιν) huiusmodi testamentum . . habere“ (c. 4 § 9). Aber diesem Ausdruck stehen gegenüber die Ausdrücke: „rescisso testamento (ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης)“, c. 4 § 9 — „testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης)“, c. 3 § 15, und wenn nicht geleugnet werden soll, daß diese letzteren Ausdrücke auch von einer Aufhebung durch das Gesetz verstanden werden können, so ist es eben unbestreitbar, daß der erstgedachte Ausdruck nicht nothwendig auf Nichtigkeit im Gegensatz zur Anfechtbarkeit gedeutet zu werden braucht. Vgl. I § 82 [2]. Man beruft sich ferner darauf, daß Justinian in c. 3 § 14 und c. 4 § 9 als Folge der nicht gehörigen Ausschließung der Notherben einfach den Eintritt der Intestaterbfolge bezeichne. Aber Justinian leitet in c. 3 § 14 diese Verfügung durch die Worte ein: „nullum exheredatis liberis praeiudicium generari“; und dennoch soll seine Meinung sein, die Intestaterbfolge solle auch dann eintreten, wenn von einer Benachtheiligung der enterbten Kinder gar keine Rede mehr sein kann, vielleicht nur ein ganz entfernter Verwandter, an welchen der Erblasser nie gedacht hat, vorhanden ist? Diesem Argumente gegenüber, welches von der Gegenseite offenbar unterschätzt wird, scheint mir auch die Berufung auf die Analogie des pr. I. 2, 13 (vgl. Gai. II, 123) nicht aufkommen zu können, auch abgesehen davon, daß es wenigstens zweifelhaft ist (vgl. Arndts S. 93 fg., Vangerow II § 473 Anm. No. 2), ob das ältere R. hier nicht der Richtigkeit des Testaments b. p. secundum tabulas gegenüberstellte und unzweifelhaft, daß es dieß im Fall der Präterition eines postumus that, welcher Fall doch von der Bestimmung der Novelle ebenfalls umschlossen wird.

[12] Der Grundgedanke des Gesetzes ist, daß die Erbeseinsetzungen den ungehörig ausgeschlossenen Notherben nicht zum Schaden gereichen sollen, und wenn daraus geschlossen wird, daß sie aufrechterhalten bleiben, falls die Notherben vor dem Tode des Testators wieder wegfallen ([11]), so will nicht einleuchten, warum die Erbeseinsetzungen nicht auch dann aufrechterhalten bleiben sollen, wenn die Notherben die ihnen zugefügten Schädigungen nicht aufnehmen wollen; und noch weniger leuchtet ein, warum, wenn die Notherben sie aufnehmen wollen, neben ihnen andere Intestaterben eintreten sollen, denen durch die Erbeseinsetzungen des Testamentes kein Unrecht zugefügt worden ist (gehörig ausgeschlossene Notherben, Intestaterben ohne Notherbenr.). So kommt man denn freilich zu dem Resultat, daß in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle nicht in allen Fällen reine Intestaterbfolge eintritt, wie doch die Novelle vorschreibt: aber ist denn die Annahme so sehr schwierig, daß Justinian nur an den gewöhnlichen Fall gedacht habe, wo außer den ungehörig ausgeschlossenen Notherben andere Intestaterben nicht vorhanden sind? Und jedenfalls scheint mir eben nicht möglich, auf der bezeichneten abschüssigen Ebene festen Fuß zu gewinnen: ich meine, wenn man nicht auch den letzten Schritt thun will, so wird man über die absolute Nullität nicht hinausgehen dürfen.

gang zu diesem letzteren System gemacht werden soll, kann fraglich erscheinen. Entscheidend aber für die Bejahung dieser Frage ist die Erwägung, daß Justinian die Ausschließung von der Erbeseinsetzung der Ausschließung vom Pflichttheil gleichstellt, sie wie diese für eine Kränkung erklärt, welche nicht zugefügt werden dürfe, wenn der Ausgeschlossene sie nicht verdient habe [14].

Das Resultat ist demnach, daß Justinian in der Novelle 115 nur eine neue Ordnung der querela inofficiosi testamenti hat geben wollen, und daß also das Recht der letzteren fortdauert, so weit es nicht ausdrücklich beseitigt ist. Beseitigt aber ist es, abgesehen von

---

[13] Schon die Meinung bei c behauptet Nichtigkeit nur dem Namen nach, in der Wirklichkeit Anfechtbarkeit, Anfechtbarkeit durch die bloße Willenserklärung des Verletzten. Vgl. I § 82 [5a] und Arndts S. 114 [155]. In der That sagt denn auch Puchta a. a. O. geradezu, die Ungültigkeit, welche er lehre, sei „keine Nullität, sondern Rescissibilität". Bei dieser vierten Meinung (unter d) kommt nur hinzu, daß sie dieselben Personen beruft, welche auch nach dem R. der querela inofficiosi testamenti eintreten würden.

[14] Bei den Gegnern des Inofficiositätssystems spielt eine Hauptrolle das Argument, daß die Novelle in der Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung eine Form vorschreibe, Verletzung einer Formvorschrift aber nur Nichtigkeit zur Folge haben könne. Ich muß gestehen, daß dieses Argument mir schwer verständlich ist. Die von der Novelle vorgeschriebene Erbeseinsetzung ist eine Form, insofern die Quote der Erbeseinsetzung gleichgültig ist; aber mehr als eine Form doch schon deßwegen, weil die Erbeseinsetzung nicht ganz ohne Inhalt sein kann, vor Allem aber deßwegen, weil sie nach Justinian's Auffassung eine Ehrerweisung für den Eingesetzten, ihre Unterlassung eine Kränkung desselben ist. Und diese Kränkung stellt, wie gesagt, Justinian dem, was bis dahin allein als Kränkung des Notherben galt, Verletzung im Pflichttheil, ganz gleich: er dehnt den Begriff der Kränkung des Notherben aus. Er sagt, er wolle die Frage neu ordnen, unter welcher Voraussetzung eine Kränkung des Notherben erlaubt sei; das R., welches in dieser Beziehung bisher gegolten habe, sei unsicher und ungenügend. Das bis dahin geltende R. aber bezog sich auf die Ausschließung vom Pflichttheil, das neue bezieht sich auf die Ausschließung von der Erbeseinsetzung: tritt darin nicht schlagend hervor, daß für Justinian's Auffassung die eine und die andere Ausschließung in einen und denselben Begriff zusammen geht? Und doch soll seine Meinung gewesen sein, daß für diesen festgehaltenen Begriff das alte R. ganz beseitigt sein solle? Daß Justinian das alte R. ganz habe beseitigen wollen, ist um so weniger anzunehmen, als die Nov. 115 noch eine ganze Reihe anderer Bestimmungen enthält (§ 587 [1]); hätte Justinian ein neues Grundgesetz für die Notherbenfolge der Descendenten und Ascendenten geben wollen, so würde er das kaum in der Form eines Mischgesetzes gethan haben. — Uebrigens mag hier zum Schlusse noch bemerkt werden, daß in dieser Materie keine Meinung aufgestellt werden kann, welche sich sagen dürfte, daß sie zwingende und jeden Widerspruch ausschließende Gründe für sich habe. Eine jede wird sich gefallen lassen müssen, daß die Erwägungen, auf welchen sie beruht, von anderer Seite nicht in der Weise gewürdigt werden, wie sie selbst glaubt thun zu müssen. Und so ist hier auf Einigung der Meinungen nicht ein Anfang von Aussicht.

hält es sein Bewenden bei dem bestehenden Recht, wonach sie nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können [7]. Ebenso behält es sein Bewenden bei dem früheren Recht für den Fall, daß ihr Pflichttheil durch Zuwendungen unter Lebenden verletzt ist [8]. —

Von den oben genannten drei Punkten ist im Folgenden näher zu handeln.

§ 588.

Descendenten und Ascendenten haben einen Anspruch auf Erbeseinsetzung. Nicht bloß der Ausschluß vom Vermögen, sondern auch das Nichtbedenken unter den Erben gilt als eine vom Gesetze mißbilligte Kränkung [1]. Aber sie haben keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung auf ihren Pflichttheil; sie müssen mit einer Erbeseinsetzung auf den kleinsten Theil zufrieden sein, wenn ihr Pflichttheil durch eine sonstige Verfügung gewahrt ist [2]. Andererseits ist mit einer ganz inhaltlosen Erbeseinsetzung der Vorschrift des Gesetzes nicht genügt [3]. Ist der Erbeseinsetzung eine Bedingung hinzugefügt [4], so wird dieselbe

---

[7] c. 5 pr. „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri". Gegen die Meinung (Puchta § 493 [a], Köppen Grundriß S. 79), daß bei ausdrücklicher Beschränkung auf Weniger als den Pflichttheil ohne Angabe eines Enterbungsgrundes oder unter Angabe eines ungültigen oder unwahren doch wieder Ungültigkeit der Erbeseinsetzung eintrete (vgl. § 582 [6]), s. Arndts S. 137, Schmidt S. 171 [57].

[8] Die Novelle spricht von diesem Falle gar nicht.

§ 588. [1] c. 5 pr. — „Sola est enim nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre". Präterition und Exheredation sind kein R. des Erblassers mehr, sondern dürfen nur als „poena ingratitudinis" (c. 4 i. f.) verhängt werden. Gilt nach der Behauptung Dernburg's III § 152, 2 heutzutage nicht mehr; dagegen Wendt S. 823. 824. Wendt ist aber der Ansicht, daß für Ascendenten schon die Novelle Erbeseinsetzung nicht vorschreibe.

[2] Daß sie bei Einsetzung auf Weniger als den Pflichttheil nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können, sagt die Novelle ausdrücklich (§ 587 [7]); daß sie sich dabei müssen anrechnen lassen, was sie durch eine sonstige Verfügung erhalten haben, sagt sie zwar nicht ausdrücklich, aber es liegt offenbar in ihrem Sinne. Vgl. Francke S. 393.

[3] Z. B. mit einer Erbeseinsetzung auf „das Uebrige" nach vollständiger Vertheilung der Erbschaft. Francke S. 394 fg., Mühlenbruch XXXV S. 322. XXXVII S. 366 fg., Arndts S. 141. 142, Vangerow II S. 296. Vgl. Sf. VIII. 277, XI. 66, XIX. 173, XXIX. 253. — Einsetzung ex re certa genügt, c. 5 pr.

[4] S. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes: Francke S. 385 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 213 fg., Arndts S. 142 fg.,

gestrichen [5], auch die Potestativbedingung; abgesehen von der auf den nackten Willen des Eingesetzten gestellten [6]. Substitution ist gehörige Einsetzung nicht [7], und zwar tritt der Substituirte als Intestat- nicht als Testamentserbe ein [8].

Schmidt S. 160; ferner Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XVII S 232 fg., v. Scheurl Beiträge II 2 S. 311 fg., Sintenis III S. 591 fg., Vangerow II § 484 Anm. Nr. I.

[5] So Mühlenbruch, Schmidt, Heumann, Vangerow, RG. XVII S. 127, während Francke, Arndts, Sintenis, v. Scheurl, der Ansicht sind, daß die bedingte Erbeseinsetzung als Nichteinsetzung anzusehen sei. Die Rechtfertigung des im Text aufgestellten Satzes ist bei den genannten Vertheidigern desselben eine verschiedene. Nach meiner Ansicht darf er nicht auf die Regel gegründet werden, daß bei Erbeseinsetzungen überhaupt unzulässige Bedingungen zu streichen sind (I § 94) — denn die Bedingung ist ja hier nicht an und für sich unzulässig, sondern eben weil in ihr eine Verletzung des Notherbenr. enthalten ist — sondern lediglich auf die Analogie der l. 32 C. 3, 28. Allerdings handelt dieses Gesetz nur von der Hinterlassung des Pflichttheils; aber wenn Justinian in Nov. 115 dem Anspruch auf Hinterlassung des Pflichttheils den Anspruch auf Erbeseinsetzung gleichstellt, so ist es auch in seinem Sinne, daß die Verfügung, welche gemacht wird, um dieser letzteren Verpflichtung zu genügen, in derselben Weise von ungehörigen Beschränkungen befreit werde, wie nach l. 32 cit. diejenige Verfügung von solchen Beschränkungen befreit werden soll, welche gemacht wird, um der Verpflichtung zur Hinterlassung des Pflichttheils zu genügen. Es ist diese Frage ein Theil der allgemeinen Frage nach der Natur der in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle eintretenden Ungültigkeit. S. § 591. — Nach dem Präteritionsre trat eine Verbesserung der bedingten Erbeseinsetzung durch Abzug der Bedingung unbestritten nicht ein (l. 4 C. 6, 25, l. 83 D. 35, 1), obgleich es nicht unbestritten ist, ob nicht für Töchter und Enkel bedingte Einsetzung genügend gewesen sei (l. 4. l. 6 § 1 D. 28, 5, l. 1 § 8 D. 38, 16, l. 4 C. 6, 28), und der Prätor bonorum possessio contra tabulas nicht sofort, sondern nur bei Ausfall der Bedingung gab (l. 3 § 12—14. l. 18 pr. D. 37, 4, l. 2 § 1. l. 5 pr. D. 37, 11). Vgl. Francke § 4. 11, Schmidt S. 41 fg., Vangerow § 469, v. Scheurl S. 320 fg., Schröder S. 73 fg. Ueber die Frage, ob nicht dieses R. für die Personen, auf welche es sich bezog, auch nach der Novelle noch Geltung behalten habe, s. § 592.

[6] Nach dem Präteritionsr. galt nicht für fehlerhaft nicht bloß die Einsetzung unter der Bedingung si volet (l. 86 D. 28, 5), sondern auch die Einsetzung unter einer Potestativbedingung überhaupt, vorausgesetzt daß die Erfüllung derselben nicht mit Schwierigkeiten für den Eingesetzten verbunden war (l. 4 D. 28, 5, l. 15. 28 D. 28, 7, l. 20 § 4 D. 38, 2). Anders ist im Sinne der l. 32 C. cit. zu entscheiden, da die Nöthigung zu irgend einer Handlung eine Beschränkung der Freiheit ist, und daher in der Vornahme derselben ein Opfer liegt (vgl. I § 98). Heumann S. 238, A. M. Mühlenbruch S. 213. 214, Vangerow a. a. O., Schmidt a. a. O. Auch Arndts und Sintenis machen auf ihrem Standpunkt ([5]) eine Ausnahme für die Potestativbedingung als solche.

[7] Man darf nicht dabei stehen bleiben, daß die Substitution eine bedingte Erbeseinsetzung sei. Die Folge dieser Auffassung wäre nach der hier vertretenen

§ 589.

Um Descendenten und Ascendenten gültig auszuschließen, bedarf es keiner ausdrücklichen Enterbung; es genügt Nichteinsetzung [1]. Nur muß unter allen Umständen aus der Verfügung des Erblassers erhellen, daß der in derselben genannte Ausschließungsgrund auf diese bestimmte Person, oder auch auf diese Person, bezogen worden sei [2]. Eine bedingte Enterbung genügt, wenn der Notherbe für den entgegengesetzten Fall zum Erben eingesetzt [3], oder die Bedingung der Enterbung vor dem Tode des Erblassers erfüllt ist [4]. Enterbung

---

Ansicht von der Behandlung der bedingten Erbeseinsetzung, daß der Substituirte neben dem Eingesetzten Erbe würde (nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. annimmt, statt seiner). Sondern der Substituirte ist zugleich durch die Einsetzung des Instituirten übergangen, und macht daher dessen Einsetzung ungültig. Vgl. l. 14 § 1 D. 28, 2: — „vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere", und s. die Stellen der folgenden Note.

[8] Das Digestenr. unterscheidet: ist die Erbeseinsetzung in Folge der ungehörigen Ausschließung der Notherben von Anfang an nichtig, so tritt die Substitution in Kraft; wird die Erbeseinsetzung hinterher hinfällig (durch Erscheinen eines postumus, durch bonorum possessio contra tabulas), so fällt mit ihr auch die Substitution weg. L. 76 [75] D. 28, 5, l. 43 § 2 D. 28, 6, l. 3 § 6 D. 28, 2; l. 5 D. 28, 3, l. 14 pr. D. 28, 2, l. 8 § 5 D. 37, 4. Vgl. Vangerow II § 470 Anm., Francke S. 77 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 336 fg., Arndts S. 86 fg., Schmidt S. 38. Weßwegen diese Unterscheidung nicht auch im neuesten R. noch zur Anwendung zu bringen sei, ist nicht abzusehen. Daher müssen diejenigen, welche nach dem R. der Novelle durch die ungehörige Ausschließung eines Notherben die Erbeseinsetzungen von Anfang an nichtig werden lassen, den Substituirten als testamentarischen, diejenigen, welche, wie dieses Lehrbuch (§ 591), die Erbeseinsetzungen in irgend einer Weise erst später wegfallen lassen, als Intestaterben berufen, Alle aber müssen ihn als Intestaterben berufen in Folge des Erscheinens eines postumus. Die Schriftsteller sind hier nicht immer consequent. Vgl. Francke S. 397, Heumann S. 239 fg., Arndts S. 144 fg., Vangerow II S. 285.

§ 589. [1] So ausdrücklich die Novelle. S. § 587 [2. 3].

[2] Vgl. Francke S. 399—400, Mühlenbruch XXXVII S. 230—231, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III, Arndts S. 145.

[3] Eine solche Erbeseinsetzung kann auch in der bedingten Enterbung selbst liegen, ja wird regelmäßig darin gefunden werden müssen, wobei nur die Frage bleibt, ob der bedingt Enterbte anstatt des Eingesetzten oder neben demselben hat eingesetzt werden sollen. Vgl. § 546 [11], Mühlenbruch XXXVII S. 227—228, A. M. Arndts S. 146.

[4] Francke S. 401—402. Andere (Arndts S. 145—146, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III, s. auch Schmidt S. 165 [25]) erklären die bedingte Enterbung schlechthin für gültig, mit Berufung darauf, daß, wer unbedingt enterbt werden dürfte, sich auch über das Mindere, eine bedingte Enterbung nicht beklagen könne. Aber er kann jedenfalls eine bestimmte Enterbung verlangen; hier ist er aber nur möglicherweise enterbt.

unter der Bedingung des künftigen Eintretens eines Ausschließungsgrundes ist gültig, wenn der Ausschließungsgrund vor dem Tode des Erblassers wirklich geworden ist [5]. Enthält das Testament Substitutionen, so muß die Ausschließung von jedem Grad erfolgen [6]; fehlt sie bei einem Grade, so sind die Erbeseinsetzungen dieses [7] und aller folgenden Grade ungültig [8]. Die Zulässigkeit der Enterbung in wohlmeinender Absicht [9] ist durch die Novelle nicht aufgehoben worden [10].

Die Verkürzung im Pflichttheil steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die Ausschließung von der Erbeseinsetzung, d. h. auch sie muß durch ausdrückliche Nennung eines der in der Novelle anerkannten Ausschließungsgründe gerechtfertigt werden [11].

---

[5] Die Novelle hat nur den Fall im Auge, wo der Ausschließungsgrund zur Zeit der Errichtung des Testamentes bereits wirklich geworden ist. Aber ihre Meinung ist doch die, daß von der Erbschaft ausgeschlossen werden dürfe der Schuldige, und das kann in ihrem Sinne wohl nur dahin verstanden werden; der jetzt Schuldige oder zur Zeit der Eröffnung der Erbschaft schuldig Gewordene. Bei der Wortinterpretation bleiben stehen Heumann ZS. für CR. u. Pr. XVII S. 248, Vangerow II § 484 Anm. Nr. III a. E.; dagegen v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 353, Mühlenbruch XXXVII S. 231 fg., Arndts S. 147, Schmidt S. 164—165, Sintenis III S. 603.

[6] Sonst ist die Ausschließung keine vollständige. So auch das Präteritionsr., welches sich hier nicht durch den Gesichtspunkt: exheredationes non esse adiuvandas (l. 19 D. 28, 2), sondern durch berechtigte sachliche Erwägungen leiten ließ. L. 3 § 2 D. 28, 2, l. 8 § 3 D. 37, 4. Für die Frage, wann man in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers anzunehmen habe, daß die Enterbung auf alle Grade bezogen sei oder nicht, hat bereits das ältere R. das Princip der freien Interpretation aufgestellt. L. 3 § 3—5 D. 28, 2, l. 1 C. 6, 28. Vgl. Francke S. 69 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 428 fg., Arndts RLex. III S. 899, Schmidt S. 53, Vangerow II § 470 Anm. a. E., Schröder S. 94 fg.

[7] Das Präteritionsr. erklärte den Grad, welchem gegenüber die Präterition vorlag, für ungültig auch ohne daß er an die Reihe gekommen war, so daß aus demselben nicht geerbt werden konnte, wenngleich der Präterirte vorher weggefallen war. L. 8. l. 14 pr. D. 28, 2, l. 3 § 6. l. 4. 5 D. 28, 3. Dieß fällt für das neueste R. nach der hier gebilligten Ansicht von der Natur der nach Novelle 115 eintretenden Ungültigkeit weg, während die Vertheidiger der absoluten Nichtigkeit das Gegentheil annehmen müssen (vgl. § 588 [8]).

[8] So das Präteritionsr. für den Fall des Erscheinens eines postumus und der Geltendmachung der bonorum possessio contra tabulas, während es bei anfänglicher Ungültigkeit eines vorhergehenden Grades den folgenden rief. L. 5 D. 28, 3, l. 14 pr. D. 28, 2, l. 8 § 5 D. 37, 4. Vgl. die vorhergehende Note und § 588 [8].

[9] S. § 583, 2.

[10] So Arndts RLex. III S. 901, Mühlenbruch XXXVII S. 394 fg., Schmidt S. 169, K. Schmidt ACPra. LIV S. 377, A. M. Unter-

§ 590.

Die einzelnen Ausschließungsgründe sind folgende [1].

A. Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen können [2].

1. Lebensnachstellung.
2. Thätlichkeiten.
3. Sonstige schwere Beleidigungen.
4. Peinliche Anklage, außer wegen Verbrechen gegen den Landesherrn und gegen den Staat.
5. Falsche Denuntiation, durch welche dem Ascendenten ein bedeutender Nachtheil erwachsen ist [3].
6. Unzucht mit der Ehefrau des Ascendenten [4].

---

holzner ACPra. II S. 52 fg., theilweise Zimmern das. VIII S. 153 fg., s. auch Francke S. 439.

[11] Die Novelle sagt dieß nicht ausdrücklich; allein sie will offenbar, „daß ohne Angabe und Bewahrheitung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ein Notherbe nicht nur von der Erbeseinsetzung nicht ausgeschlossen werde, sondern auch jedenfalls seinen ganzen Pflichttheil erhalte". Arndts S. 124. Andere (so Francke S. 340. 341, Schmidt S. 170) verlangen zwar einen gesetzlichen Enterbungsgrund, aber nicht ausdrückliche Nennung desselben.

§ 590. [1] Glück VII S. 209 fg., v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 128 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 140 fg., Francke S. 404 fg., Arndts RLex. III S. 895 fg., Vangerow II § 484 Anm. Nr. II, Sintenis III S. 603 fg. — Die Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen dürfen, sind in c. 3, die Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen, sind in c. 4 der Novelle enthalten. Eine analogische Ausdehnung der hier angegebenen Gründe ist im Princip nicht ausgeschlossen; doch wird man mit Vorsicht verfahren müssen, weil Justinian ausdrücklich erklärt, daß er die einzelnen Ausschließungsgründe deßwegen nenne, um die bestehende Rsungewißheit zu beseitigen (c. 3 pr.). Vgl. Glück VII S. 248 fg., Francke S. 412 fg., Arndts RLex. III S. 898, Vangerow II S. 287 fg., Schmidt S. 163 fg.; andererseits Mühlenbruch XXXVII S. 176 fg. Eine besondere hierher gehörige Frage ist, ob Vergehen gegen den einen Ascendenden oder Descendenten den andern zur Ausschließung berechtigen; s. darüber Mühlenbruch S. 171 fg., Arndts S. 897 fg., Vangerow S. 288, andererseits Schmidt S. 164. Ueber particuläre Bestimmungen s. Stobbe deutsch. Privatr. I § 45 [17].

[2] Außer den im Folgenden aufgezählten Gründen nennt die Novelle noch (§ 14) Irrglauben; dieser Grund ist heutzutage nicht mehr praktisch (I § 55). Sf. XI. 166.

[3] Die Vulgata spricht zwar von einem delator im Allgemeinen; aber der bestimmtere Sinn dieses Wortes erhellt aus dem griechischen Urtext, welcher *συκοφάντης* (= calumniator) hat. Mühlenbruch S. 149—150. Die Novelle sagt ferner: „si delator contra parentes *filius* exstiterit", und deßwegen wollen Einige diesen Ausschließungsgrund auf männliche Descendenten beschränken, Mühlenbruch S. 149; dagegen Arndts S. 896 [14].

7. Verhinderung an der Errichtung eines Testamentes [5].
8. Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängniß befindlichen Ascendenten; jedoch gilt dieß nur für männliche Descendenten [6].
9. Vernachlässigung während einer Geisteskrankheit.
10. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft, vorausgesetzt, daß der Descendent das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat.
11. Gemeinschaft mit Giftmischern und mit Personen, die sich mit Zauberei abgeben, und Theilnahme an deren Treiben [7]
12. Schauspieler- und Gauklerleben gegen den Willen des Ascendenten [8].
13. Schlechter Lebenswandel der Tochter, Enkelin ꝛc. oder Heirath wider den Willen des Ascendenten, es müßte denn der Ascendent bis zu ihrem 25. Jahre keine Fürsorge für ihre Verheirathung getroffen haben [9].

B. Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen [10].

1. Lebensnachstellung.
2. Anklage wegen eines todeswürdigen Verbrechens, außer wegen Hochverraths [11].
3. Unzucht mit der Ehefrau des Descendenten [12].

---

[4] Die Novelle nennt auch hier nur den Sohn; außer der Ehefrau des Ascendenten aber auch dessen Concubine. Vgl. Mühlenbruch S. 147—149.

[5] Dieß erklärt bereits l. 23 C. 3, 28 für eine „iusta causa offensae“.

[6] Nach der ausdrücklichen Erklärung der Novelle (§ 8).

[7] „Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur“ (§ 4). Der griechische Text hat: „εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται“. Dieser Ausdruck hat den doppelten im Text bezeichneten Sinn. Mühlenbruch S. 144—146.

[8] „Si filius praeter voluntatem parentum arenariis vel mimis se sociaverit“ (§ 10). Der griechische Text hat: „μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μίμων“. Vgl. Arndts S. 896 [78]. S. auch l. 11 C. 3, 28.

[9] Dieser Ausschließungsgrund ist im Gesetze (§ 11) sehr schlecht ausgedrückt. Vgl. Francke S. 407 fg., Mühlenbruch S. 153 fg., Vangerow S. 286. RG. XV S. 166.

[10] Auch hier bezeichnet die Novelle als ferneren Ausschließungsgrund Irrglauben, vgl. Note [2].

[11] Nov. 115 c. 4 § 1: „Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint (εἰ οἱ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν)“. Vgl. Mühlenbruch XXXVII S. 167 fg.

4. Verhinderung an der Errichtung eines Testamentes [13].
5. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft.
6. Vernachlässigung in einer Geisteskrankheit.
7. Giftmischerei gegen den eigenen Ehegatten, um demselben das Leben oder den Verstand zu nehmen [14].

Die Ausschließungsgründe verlieren ihre Kraft durch Verzeihung des Verletzten, und nicht bloß wenn die Verzeihung vor Errichtung des Testamentes [15], sondern auch wenn sie später erfolgt [16].

§ 591.

Wenn Descendenten und Ascendenten in nicht gehöriger Weise von der Erbeseinsetzung ausgeschlossen sind, so sollen nach der Vorschrift der Novelle die im Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen ungültig sein [1]. Ueber die Natur dieser Ungültigkeit ist seit der Zeit der Glossatoren gestritten worden, und wird noch gestritten [2]. Eine Meinung erklärt dieselbe für Nichtigkeit (s. g. Nullitätssystem) [3], eine andere für Anfechtbarkeit nach den Grundsätzen der querela inofficiosi testamenti (s. g. Inofficiositätssystem) [4], eine dritte Meinung

[12] Andere beschränken diesen Ausschließungsgrund auf die Frau des Sohnes, oder gar des Haussohnes. Vgl. Mühlenbruch S. 168, Arndts S. 897 [22], Vangerow S. 287. Die Novelle nennt auch hier (vgl. [4]) die Concubine mit.

[13] Auch in Beziehung auf diesen Fall werden die gleichen Beschränkungen behauptet, wie in Beziehung auf den vorigen. Vgl. Mühlenbruch S. 169, Arndts S. 897 [23].

[14] Muß der verfolgte Ehegatte Ascendent des Enterbenden sein? Vgl. Mühlenbruch S. 170, Arndts S. 897 [24].

[15] Eine verziehene Schuld ist keine Schuld mehr. S. auch l. 11 § 1. l. 17 § 6 D. 47, 10. So die Mehrzahl der Schriftsteller. A. M. vereinzelt Schmidt S. 166; s. auch Glück VII S. 217 fg.

[16] Es ist für diesen Fall nicht weniger wahr, daß eine verziehene Schuld keine Schuld ist. Francke S. 415, Arndts RLex. III S. 899—900, s. auch Glück VII S. 219 fg.; a. M. Mühlenbruch XXXVII S. 185 fg., Vangerow II S. 288, Sintenis § 197 [22]. Dagegen auch Sf. V. 34, XXXV 301.

§ 591. [1] S. § 587 [5].

[2] Vgl. die (übrigens theilweise sich auf die im folgenden § erörterte Frage mit beziehenden) Uebersichten bei Glück VII S. 335 fg., Bluntschli S. 267 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 298 fg., Francke S. 367 fg., Arndts S. 106 fg., Vangerow II § 485 Anm.

[3] S. Note [6 fg.].

[4] Dieses System, welches, wie übrigens auch die beiden andern Systeme, sich bereits in der Glosse vertreten findet, ist unter den Aelteren namentlich von Cujacius und Donellus vertheidigt worden, und wird unter den Neueren vertheidigt namentlich von Glück VII S. 335 fg., Unterholzner Verjährungslehre II § 170, Elvers Themis N. F. I S. 236 fg., Mayer § 104, Köppen

unterscheidet: bei Nichtanführung eines Ausschließungsgrundes soll Nichtigkeit, bei Anführung eines unwahren Ausschließungsgrundes Anfechtbarkeit eintreten (s. g. gemischtes System)[5]. Die Vertheidiger der Nichtigkeit sodann sind unter sich wieder in wesentlichen Punkten uneins. a) Die Einen lehren, die Erbeseinsetzungen, denen ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe gegenüberstehe, seien schlechthin nichtig, auch wenn der Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr lebe[6]. b) Nach einer anderen Meinung sollen die Erbeseinsetzungen nicht von Anfang an nichtig sein, sondern dadurch nichtig werden, daß zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe vorhanden ist[7]. c) Eine dritte Meinung geht noch weiter und läßt die Erbeseinsetzungen erst dadurch nichtig werden, daß der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandene Notherbe erklärt, von seinem Notherbenrechte Gebrauch machen zu wollen, läßt aber dann, wie die beiden vorgedachten Meinungen, reine Intestaterbfolge eintreten[8]. d) Nach einer vierten Meinung endlich soll durch diese Erklärung des Notherben Intestaterbfolge nur zu Gunsten der ungehörig ausgeschlossenen Notherben eintreten[9].

Von diesen verschiedenen Systemen und Meinungen hat am Wenigsten für sich das gemischte System[10]. Für das Nullitäts-

System S. 160 fg. und Grundriß S. 78 fg., Brinz 1. Aufl. S. 744 fg. 2. Aufl. III S. 107 fg., Dernburg III § 154, Wendt § 357. 361. Sf. XIV. 244.

[5] Dieses System, lange Zeit in der Praxis als das herrschende anerkannt (vgl. Mayer § 104 [8]), wird unter den Neueren nur noch von Puchta § 493 und Vorl. dazu vertreten.

[6] So unter den Neueren Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 203 fg., Bering S. 421 fg., Schmidt S. 174 fg., Vangerow II § 485, Sintenis III § 198. Auch Brandis ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 197 fg. gehört hierher, will jedoch bei späterem Wegfall des Notherben auf dem Wege der b. p. secundum tabulas helfen.

[7] So Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 256 fg., Wächter S. 843 fg., theilweise Tewes § 139.

[8] So Bluntschli S. 234 fg., Francke S. 382 fg., Arndts S. 106 fg., Sf. III. 85, vgl. XXV. 452, XLIV. 262. [XLVIII. 273.]

[9] So Puchta § 493 für den oben bezeichneten Fall, Leist Fortsetzung von Glück Serie der Bücher 37 und 38 II S. 178 fg. — Für die Nullität ohne nähere Bezeichnung Sf. XXVIII. 43, XXXIII. 240, RG. XI S. 230. S. auch Sf. III. 355, V. 205, VIII. 70, X. 274, XIX. 247. [Relative Nichtigkeit, querela nullitatis ex iure novo, Verzicht darauf: Sf. LIII. 19.]

[10] Die Novelle sagt in c. 3: „Si autem *haec* observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed . .", in c. 4: „Si autem *haec omnia* non fuerint observata, nullum vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed . .". Von

system in seiner bei a gedachten reinen Gestalt spricht höchstens der Wortlaut der Novelle[11]. Verläßt man eine buchstäbliche Auslegung derselben, so wird man durch die verschiedenen Abstufungen des Nullitätssystems hindurch bis zur letzten gedrängt[12], welche sich mit dem Inofficiositätssystem ganz nahe berührt[13]. Ob auch der Ueber=

---

einer Unterscheidung zwischen den verschiedenen Punkten der für die Enterbung gegebenen Vorschriften ist keine Spur vorhanden.

[11] Höchstens. Man beruft sich auf den Ausdruck: „nullam vim (μηδεμίαν δύναμιν) huiusmodi testamentum . . habere" (c. 4 § 9). Aber diesem Ausdruck stehen gegenüber die Ausdrücke: „rescisso testamento (ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης)", c. 4 § 9 — „testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης)", c. 3 § 15, und wenn nicht geleugnet werden soll, daß diese letzteren Ausdrücke auch von einer Aufhebung durch das Gesetz verstanden werden können, so ist es eben unbestreitbar, daß der erstgedachte Ausdruck nicht nothwendig auf Nichtigkeit im Gegensatz zur Anfechtbarkeit gedeutet zu werden braucht. Vgl. I § 82 [a]. Man beruft sich ferner darauf, daß Justinian in c. 3 § 14 und c. 4 § 9 als Folge der nicht gehörigen Ausschließung der Notherben einfach den Eintritt der Intestaterbfolge bezeichne. Aber Justinian leitet in c. 3 § 14 diese Verfügung durch die Worte ein: „nullum exheredatis liberis praeiudicium generari"; und dennoch soll seine Meinung sein, die Intestaterbfolge solle auch dann eintreten, wenn von einer Benachtheiligung der enterbten Kinder gar keine Rede mehr sein kann, vielleicht nur ein ganz entfernter Verwandter, an welchen der Erblasser nie gedacht hat, vorhanden ist? Diesem Argumente gegenüber, welches von der Gegenseite offenbar unterschätzt wird, scheint mir auch die Berufung auf die Analogie des pr. I. 2, 13 (vgl. Gai. II, 123) nicht aufkommen zu können, auch abgesehen davon, daß es wenigstens zweifelhaft ist (vgl. Arndts S. 93 fg., Vangerow II § 478 Anm. No. 2), ob das ältere R. hier nicht der Nichtigkeit des Testaments b. p. secundum tabulas gegenüberstellte und unzweifelhaft, daß es dieß im Fall der Präterition eines postumus that, welcher Fall doch von der Bestimmung der Novelle ebenfalls umschlossen wird.

[12] Der Grundgedanke des Gesetzes ist, daß die Erbeseinsetzungen den ungehörig ausgeschlossenen Notherben nicht zum Schaden gereichen sollen, und wenn daraus geschlossen wird, daß sie aufrechterhalten bleiben, falls die Notherben vor dem Tode des Testators wieder wegfallen ([11]), so will nicht einleuchten, warum die Erbeseinsetzungen nicht auch dann aufrechterhalten bleiben sollen, wenn die Notherben die ihnen zugefügten Schädigungen nicht aufnehmen wollen; und noch weniger leuchtet ein, warum, wenn die Notherben sie aufnehmen wollen, neben ihnen andere Intestaterben eintreten sollen, denen durch die Erbeseinsetzungen des Testamentes kein Unrecht zugefügt worden ist (gehörig ausgeschlossene Notherben, Intestaterben ohne Notherbenr.). So kommt man denn freilich zu dem Resultat, daß in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle nicht in allen Fällen reine Intestaterbfolge eintritt, wie doch die Novelle vorschreibt: aber ist denn die Annahme so sehr schwierig, daß Justinian nur an den gewöhnlichen Fall gedacht habe, wo außer den ungehörig ausgeschlossenen Notherben andere Intestaterben nicht vorhanden sind? Und jedenfalls scheint mir eben nicht möglich, auf der bezeichneten abschüssigen Ebene festen Fuß zu gewinnen: ich meine, wenn man nicht auch den letzten Schritt thun will, so wird man über die absolute Nullität nicht hinausgehen dürfen.

gang zu diesem letzteren System gemacht werden soll, kann fraglich erscheinen. Entscheidend aber für die Bejahung dieser Frage ist die Erwägung, daß Justinian die Ausschließung von der Erbeseinsetzung der Ausschließung vom Pflichttheil gleichstellt, sie wie diese für eine Kränkung erklärt, welche nicht zugefügt werden dürfe, wenn der Ausgeschlossene sie nicht verdient habe [14].

Das Resultat ist demnach, daß Justinian in der Novelle 115 nur eine neue Ordnung der querela inofficiosi testamenti hat geben wollen, und daß also das Recht der letzteren fortdauert, so weit es nicht ausdrücklich beseitigt ist. Beseitigt aber ist es, abgesehen von

[13] Schon die Meinung bei c behauptet Nichtigkeit nur dem Namen nach, in der Wirklichkeit Anfechtbarkeit, Anfechtbarkeit durch die bloße Willenserklärung des Verletzten. Vgl. I § 82 [5a] und Arndts S. 114 [155]. In der That sagt denn auch Puchta a. a. O. geradezu, die Ungültigkeit, welche er lehre, sei „keine Nullität, sondern Rescissibilität". Bei dieser vierten Meinung (unter d) kommt nur hinzu, daß sie dieselben Personen beruft, welche auch nach dem R. der querela inofficiosi testamenti eintreten würden.

[14] Bei den Gegnern des Inofficiositätssystems spielt eine Hauptrolle das Argument, daß die Novelle in der Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung eine Form vorschreibe, Verletzung einer Formvorschrift aber nur Nichtigkeit zur Folge haben könne. Ich muß gestehen, daß dieses Argument mir schwer verständlich ist. Die von der Novelle vorgeschriebene Erbeseinsetzung ist eine Form, insofern die Quote der Erbeseinsetzung gleichgültig ist; aber mehr als eine Form doch schon deßwegen, weil die Erbeseinsetzung nicht ganz ohne Inhalt sein kann, vor Allem aber deßwegen, weil sie nach Justinian's Auffassung eine Ehrerweisung für den Eingesetzten, ihre Unterlassung eine Kränkung desselben ist. Und diese Kränkung stellt, wie gesagt, Justinian dem, was bis dahin allein als Kränkung des Notherben galt, Verletzung im Pflichttheil, ganz gleich: er dehnt den Begriff der Kränkung des Notherben aus. Er sagt, er wolle die Frage neu ordnen, unter welcher Voraussetzung eine Kränkung des Notherben erlaubt sei; das R., welches in dieser Beziehung bisher gegolten habe, sei unsicher und ungenügend. Das bis dahin geltende R. aber bezog sich auf die Ausschließung vom Pflichttheil, das neue bezieht sich auf die Ausschließung von der Erbeseinsetzung: tritt darin nicht schlagend hervor, daß für Justinian's Auffassung die eine und die andere Ausschließung in einen und denselben Begriff zusammen geht? Und doch soll seine Meinung gewesen sein, daß für diesen festgehaltenen Begriff das alte R. ganz beseitigt sein solle? Daß Justinian das alte R. ganz habe beseitigen wollen, ist um so weniger anzunehmen, als die Nov. 115 noch eine ganze Reihe anderer Bestimmungen enthält (§ 587 [1]); hätte Justinian ein neues Grundgesetz für die Notherbenfolge der Descendenten und Ascendenten geben wollen, so würde er das kaum in der Form eines Mischgesetzes gethan haben. — Uebrigens mag hier zum Schlusse noch bemerkt werden, daß in dieser Materie keine Meinung aufgestellt werden kann, welche sich sagen dürfte, daß sie zwingende und jeden Widerspruch ausschließende Gründe für sich habe. Eine jede wird sich gefallen lassen müssen, daß die Erwägungen, auf welchen sie beruht, von anderer Seite nicht in der Weise gewürdigt werden, wie sie selbst glaubt thun zu müssen. Und so ist hier auf Einigung der Meinungen nicht ein Anfang von Aussicht.

den Voraussetzungen einer zulässigen Ausschließung (§ 589. 590), nur in der einen Beziehung, daß mit den Erbeseinsetzungen nicht auch der übrige Inhalt des Testamentes wegfallen soll[15]. Hiervon muß jedoch eine Ausnahme gemacht werden in Betreff der Vermächtnisse zu Gunsten des anfechtenden Notherben selbst; es ist nicht anzunehmen, daß Justinian bei dieser Abänderung des bestehenden Rechts an Andere gedacht habe, als Fremde[16]. Daß die Vermächtnisse und sonstigen Verfügungen des Testamentes nicht aufrecht erhalten werden, wenn das Testament aus andern Gründen hinfällig ist, als durch den Angriff des Notherben, versteht sich von selbst[17].

§ 592.

Eine fernere sehr bestrittene Frage ist, in welchem Verhältnisse die Novelle 115 zum alten Präteritionsrecht stehe[1]. Von Manchen wird behauptet, daß dieses Recht neben der Novelle in Betreff der Personen, auf welche es sich bezog, fortbestehe[2], entweder nur in Betreff der Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung[3], oder auch in

[15] § 587 [6]. Dahin gehört auch die Pupillarsubstitution, vgl. l. 34 § 2 D. 28, 6. Mühlenbruch XXXVII S. 286 fg., Arndts S. 152. Enterbungen: wenn man der Ansicht ist, daß sie auch bei der querela inofficiosi testamenti aufrecht erhalten werden (§ 584 [24]). Arndts S. 152, Vangerow § 485 Anm. z. A. und die Citate daselbst.

[16] Vgl. auch l. 5 § 2 D. 37, 5. Doch ist auch dieser Punkt sehr bestritten. Für die im Text aufgestellte Ansicht: Bluntschli S. 263 fg., Francke S. 389; dagegen Mühlenbruch XXXVII S. 284 fg., Arndts S. 153, Schmidt S. 180 fg., Vangerow § 485 Anm. a. A., Sintenis § 198 [2].

[17] Vgl. l. 3 § 7 D. 37, 5. „Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit." Daher braucht der Notherbe die Vermächtnisse namentlich dann nicht zu leisten, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser oder vor dem Antritt der Erbschaft stirbt, vgl. l. 10 § 1 D. 37, 5. Anders wenn der eingesetzte Erbe bloß deßwegen ausschlägt, weil er weiß, daß der Notherbe ihm die Erbschaft nehmen wird; denn in diesem Fall ist der eigentliche Grund, weßwegen er nicht Erbe wird, immerhin die Verletzung des Notherbenr., vgl. l. 4. 12. 13 D. eod. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke S. 390 fg., Mühlenbruch S. 295 fg., Arndts S. 151, Schmidt S. 171 fg.

§ 592. [1] S. die Literaturangaben bei Mayer S. 268 fg., Bluntschli S. 267 fg., Francke S. 355 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 289 fg.

[2] Man hat für diese Meinung die Bezeichnungen: Correctionssystem, Additionalsystem, Enterbungssystem aufgestellt, für die entgegengesetzte die Bezeichnungen: Ausschließungssystem, Derogationssystem, Reformsystem.

[3] Die Punkte, um welche es sich hier im Einzelnen handelt, sind folgende. Fehlerhaft ist nach dem Präteritionsr. eine Enterbung, welche gemacht ist:

Betreff der Wirkungen einer ungültigen [4]. Diese Meinung [5] ist aber nicht zu billigen [6]. Es ist nicht glaublich, daß Justinian stillschweigend angenommen habe, eine gültige Enterbung müsse außer den von ihm vorgeschriebenen Eigenschaften auch noch die Eigenschaften des bis

---

a) nicht namentlich (§ 576 [9], § 577 [9]); b) unter einer Bedingung, l. 3 § 1 D. 28, 2, l. 18 pr. D. 37, 4; c) neben einer auf den Tod des Notherben gestellten Einsetzung (post mortem filii), l. 13 § 2. l. 29 § 10 D. 28, 2, l. 4 § 2 D. 28, 5; d) auf den Fall, daß der Eingesetzte Erbe werden sollte (post aditam hereditatem), l. 69 [68] D. 28, 5, l. 3 § 2 D. 28, 2; e) ex certa re, l. 19 D. 28, 3. Was das Erforderniß der Enterbung ab omni gradu angeht, s. § 589 [6]. Vgl. Francke S. 59 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 391 fg., Arndts III S. 890 fg., Schmidt S. 46 fg., Schröder S. 79 fg.

[4] Hier kommt in Betracht: a) die Art der Ungültigkeit und die Mittel ihrer Geltendmachung (Nichtigkeit, bonorum possessio contra tabulas); b) die Tragweite der Ungültigkeit in Beziehung auf die übrigen Verfügungen des Testamentes (vollständige Nichtigkeit nach Civilr., Aufrechterhaltung gewisser Verfügungen bei der bonorum possessio contra tabulas). Vgl. Vangerow § 486 a. E., Schmidt S. 190 fg. Ferner kommt c) in Betracht, daß nach Civil- wie prätorischem R. die bedingte Erbeseinsetzung (besser: die in derselben liegende Präterition für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung) das Testament ungültig macht, während nach dem Re der Nov. 115 die bedingte Erbeseinsetzung, wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht, durch Streichung der Bedingung verbessert wird. Vgl. § 588 [4—6].

[5] Die Meinung, daß das ältere R. fortbestehe sowohl in Betreff der Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung, als in Betreff der Wirkungen einer ungültigen, vertreten unter den Aelteren namentlich Cujacius (s. außerdem die bei Mayer I § 101 [6. 7] Genannten), unter den Neueren namentlich Mayer a. a. O., Bering S. 424 fg., Vangerow II § 486 Anm. Nr. III, Schmidt S. 182 fg. (welcher sich aber für die Praxis über die Vorschriften des älteren R. glaubt hinwegsetzen zu dürfen; hiergegen gewiß mit Recht Vangerow a. a. O.). S. auch Sf. XVIII. 263. Daß zwar für die Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung das alte R. seine Kraft behalten habe, dagegen die Wirkungen einer ungültigen lediglich nach der Nov. 115 zu bestimmen seien, ist die Meinung von Mühlenbruch XXXVII S. 192 fg. 298 fg. — Vereinzelt ist sogar behauptet worden, daß die Vorschriften des älteren R. durch die Novelle auf alle Descendenten sowie auf die Ascendenten ausgedehnt worden seien; so Heumann ZS. f. CR. u. Pr. XVII S. 246 fg., Puchta § 493 [e].

[6] So auch die Basiliken und die Glosse, unter den Neueren namentlich Bluntschli S. 245 fg., Francke S. 357 fg. 397 fg., Arndts S. 116 fg., Wächter S. 843 fg., Köppen System S. 162 fg. und Grundriß S. 81 fg., Tewes § 138, Brinz 1. Aufl. S. 742 fg. 2. Aufl. III S. 104 fg., Sintenis § 196 [1], Dernburg III § 154 a. E., Wendt § 357. Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 III S. 192 fg. stellt jetzt die Ansicht auf, das Präteritionsr. sei zwar nicht durch Nov. 115, wohl aber bereits durch Nov. 18 aufgehoben worden. Doch gibt er selbst zu, daß es in Nov. 18 ebensowenig genannt werde, wie in Nov. 115, und Nov. 18 will anerkanntermaßen nur einen Detailpunkt regeln.

dahin geltenden Rechts haben. Denn die Enterbung der Novelle 115 ist ein Ding ganz anderer Art, als die Enterbung des früheren Rechts; diese ein nach freier Willkür zu gebrauchendes Recht des Erblassers, jene eine Strafe, welche nur aus bestimmten Gründen verhängt werden darf [7].

D. Recht der armen Wittwe und des geschlechtsunreifen Arrogirten.

§ 593.

Der Anspruch, welcher der armen Wittwe und dem geschlechtsunreifen Arrogirten auf einen Theil des Nachlasses des Ehemannes

[7] Von der andern Seite wird geltend gemacht, Justinian habe das frühere R. nicht aufgehoben und eben deßwegen dauere seine Kraft fort. Das ist ein Argument von sehr zweifelhaftem Werth. Kann man nicht mit gleichem Rechte sagen, Justinian habe das frühere R. eben dadurch aufgehoben, daß er es nicht bestätigt habe? Denn er beginnt damit, den Ascendenten ein R. zu nehmen, welches sie bis dahin gehabt hatten („Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri suum filium vel filiam . . praeterire aut exheredes in suo facere testamento"), und gibt es ihnen dann wieder unter gewissen Voraussetzungen („nisi forsan probabuntur ingrati *cett.*"). Ich sage nicht, daß diese letztere Auslegung nothwendig ist; aber zulässig ist sie gewiß ebenso sehr, als die der Gegner. Und für sie spricht der im Text angegebene Grund, daß in der That, was auch Niemand leugnet, die Enterbung des neueren R. von der des früheren qualitativ verschieden ist. Die Enterbung des früheren R. ist eine Willkürmaßregel des Erblassers, und es begreift sich, daß für sie der Grundsatz: exheredationes non esse adiuvandas (l. 19 D. 28, 2) sich geltend gemacht hat, aus dem die einzelnen in Note [8] genannten Vorschriften geflossen sind. Die Enterbung des neueren R. ist, wie eine Lieblosigkeit, wenn sie ohne Grund gemacht ist, so, wenn begründet, eine gerechte Strafe. Sodann bedenke man auch, wie wenig wahrscheinlich es ist, daß Justinian den neuen legislatorischen Gedanken, welchen er einführt: in Folge materiell ungerechtfertigter Ausschließung von der Erbeseinsetzung Beseitigung der wirklich gemachten Erbeseinsetzungen bei Aufrechterhaltung der übrigen Verfügungen des Testamentes, nicht habe durchführen wollen für Fälle, in denen doch auch eine materiell ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbeseinsetzung vorliegt, oder daß es seine Meinung gewesen sei, es solle eine weiter gehende Ungültigkeit des Testamentes eintreten in Fällen, in welchen nicht einmal eine materiell ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbeseinsetzung vorliegt. Ueber und gegen ein ferneres Argument, welches Francke S. 362 fg. 341 fg. aus l. 30 pr. C. 3, 28 (*vv.* „vel alio modo subvertendis") herleitet (vgl. auch Köppen Grundriß S. 68), s. Mühlenbruch XXXVII S. 103 fg., Fuhr ZS. f. CR. u. Pr. VII S. 290 fg., Arndts S. 103 fg., Schmidt S. 154 [5], Vangerow S. 297 fg. — Uebrigens ist hier zu wiederholen, was § 591 [14] gesagt worden ist: zu zwingender Kraft wird sich auch hier keine der streitenden Ansichten jemals zu erheben vermögen, und so ist auch dieser Controverse, wenn sie nicht durch Gesetzgebung beseitigt wird, ein ewiges Leben beschieden.

bez. des arrogirenden Vaters zusteht (§ 574), kommt zur Geltung nicht bloß gegenüber der Intestaterbfolge, sondern auch gegenüber einem diesen Anspruch nicht berücksichtigenden letzten Willen [1], ohne jedoch in diesem letzteren Fall seine Natur [2] zu ändern; er enthält in diesem Fall in gleicher Weise eine Belastung der eingesetzten, wie sonst der Intestaterben [3]. Das dem Arrogirten als Kind zustehende Recht, im Falle ungehöriger Ausschließung das Testament umzustoßen [4], besteht übrigens neben diesem Anspruch ungeschmälert fort [5]. — Beeinträchtigungen dieses Anspruches durch Zuwendungen unter Lebenden können den Erben gegenüber angefochten werden von der armen Wittwe

---

[1] S. a) Nov. 53 c. 6. „Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri". Von dem Fall, wo der Mann der Frau gar nichts hinterlassen hat, spricht das Gesetz nicht; aber es versteht sich von selbst, daß vollständige Ausschließung nicht zulässig sein kann, wo theilweise unerlaubt ist. Vgl. außer den § 574 [2] Genannten noch Francke S. 481 fg. b) Was den Arrogirten angeht, s. die § 574 [11] citirten Stellen. Francke S. 470 fg., Arndts S. 161 fg., Schröder S. 552 fg., Köppen System S. 133 fg. Grundriß § 89, Vangerow I § 252 Anm., Sintenis III S. 108 fg. § 593.

[2] Die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses.

[3] Vgl. l. 8 § 15 D. 5, 2: — „quartam ei quasi aes alienum concedendam"; l. 1 § 21 D. 37, 6: — „et magis est, ut ad heredem transferat (sc. actionem), quia personalis actio est". Vgl. zu dieser letzten Stelle Francke S. 478 fg.

[4] Der Anspruch, welcher dem geschlechtsunreifen Arrogirten als solchem zusteht, kann ihm auch wegen schlechten Benehmens nicht entzogen werden. § 3 I. 1, 11: — „si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit"; bei der Enterbung ist hier von iusta causa nicht die Rede. A. M. Francke S. 474 fg.; dagegen Arndts S. 162, Vangerow S. 469, Schröder S. 553.

[5] Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 8 § 15 D. 5, 2. Aber, obgleich es nicht gerechtfertigt ist, die Entscheidung dieser Stelle auf den Fall der Emancipation zu beschränken, von welchem Fall sie zunächst spricht: so erklärt sich diese Entscheidung doch vollkommen daraus, daß zur Zeit, wo die Stelle geschrieben wurde, der Pflichttheil nicht Mehr betrug, als das was dem Arrogirten gebührte, also durch den Anspruch desselben gedeckt war (vgl. § 581 [8 a. E.]). Dieß ist anders geworden seit der Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18, und von einer Ergänzung der Quart des Arrogirten bis zur Höhe des Pflichttheils kann keine Rede sein, da die Quart nicht auf einer Zuwendung des Erblassers beruht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten und Auffassungen Francke S. 474 fg., Köppen Grundriß § 89 a. E.; Arndts S. 161 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. 45, Schröder S. 555 fg. 561 fg. — Gegen die Meinung, daß durch Nov. 18 c. 1 mit dem Pflichttheil der Kinder auch die Quart des Arrogirten erhöht worden sei, s. den Schluß des citirten c. 1: „hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio *de inofficioso* lege decreta est.".

unbedingt [6], von dem geschlechtsunreifen Arrogirten im Falle böswilliger Verkürzung [7].

[Das BGB. kennt kein formelles Notherbrecht und keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung, sondern nur einen Pflichttheilsanspruch in Gestalt eines Anspruchs auf den halben Werth des gesetzlichen Erbtheils. — Vgl. Schiffner Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. f. d. d. R. Jena 1897 §§ 1—19. Rüger sächs. Arch. f. bürg. R. u. Pr. IX S. 450 fg. (1899).

I. Pflichttheilsberechtigt (vgl. Schiffner § 6) sind die Abkömmlinge des Erblassers, von den Ascendenten (vgl. § 579 zu [1]) nur die Eltern; nicht die Geschwister (vgl. § 579 zu [2] fg.), wohl dagegen der Ehegatte (2303; vgl. § 593).

1. Der Pflichttheilsanspruch setzt voraus, daß der Berechtigte von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügung von Todeswegen ausgeschlossen ist (2303). Niemand ist pflichttheilsberechtigt, wenn er Erbverzicht geleistet hat (2346 Abs. 1), oder für erbunwürdig erklärt ist (arg. 2345 Abs. 2); auch der nach § 1933 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene Ehegatte ist nicht pflichttheilsberechtigt. Inwiefern der Pflichttheilsanspruch dadurch ausgeschlossen wird, daß dem Berechtigten etwas hinterlassen ist (vgl. Schiffner § 10) ergibt das Folgende:

a. Ist dem Berechtigten ein Erbtheil hinterlassen (durch Erbeseinsetzung oder Nichtausschließung), so kann er, wenn dieser Erbtheil dem Pflichttheil gleichkommt und unbelastet ist, selbstverständlich nicht unter Ausschlagung des Erbtheils den Pflichttheil fordern. Ist der hinterlassene Erbtheil geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, so kann der Pflichttheilsberechtigte von den Miterben als Pflichttheil den Werth des Fehlenden verlangen (2305), und zwar auch dann, wenn er den Erbtheil ausschlägt; er kann aber auch im Falle der Ausschlagung nicht mehr verlangen. Wenn der hinterlassene Erbtheil durch Einsetzung eines Nacherben, Ernennung eines Testamentsvollstreckers, oder eine Theilungsanordnung beschränkt, oder mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert ist und die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils nicht übersteigt, so gilt die Be-

[6]. Die herrschende Meinung gewährt ihr die querela inofficiosae donationis. Francke S. 503, Mühlenbruch XXXVI S. 55. 56; vgl. Arndts S. 163. 164. A. M. Petri (§ 574 [3]) S. 59 fg., welcher auch hier, wie im folgenden Fall, böswillige Verkürzungsabsicht verlangt.

[7] L. 13 D. 38, 5: — „si quid . . in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est". Die genannten Klagen sind eingeführt worden zum Schutz des Pflichttheilsanspruchs, welcher dem Patron gegen den Freigelassenen zustand, die Faviana (Fabiana) für den Fall wo der Freigelassene testatus, die Calvisiana für den Fall, wo er intestatus starb. Ueber das Erforderniß der bösen Absicht (dolus, fraus) s. l. 1 pr. § 1. 4. l. 3 § 3. l. 4 pr. tit. cit., l. 1 § 3. 4. 12. 27 eod. Dolus des Erwerbers ist nicht erforderlich, l. 1 § 4. 12. tit. cit. Deßwegen haften die Erben unbedingt l. 1 § 26 eod.; auch die Verjährung ist die gewöhnliche. Vgl. über die bezeichneten Klagen überhaupt Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor S. 93 fg., Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 V S. 550 fg.

schränkung oder Beschwerung als nicht angeordnet (2306 Abs. 1 S. 1); einen Pflichttheilsanspruch hat dann der Berechtigte nicht, auch wenn er den dem Pflichttheil gleichkommenden Erbtheil ausschlägt. Bleibt der Erbtheil hinter dem Pflichttheil zurück, so hat der Berechtigte bei Annahme wie Ausschlagung Pflichttheilsanspruch gemäß § 2305. (Mit Recht sagt Strohal S. 218 [6], daß im Falle der Ausschlagung der an Stelle des Ausschlagenden erbende Nichtpflichttheilsberechtigte sich auf § 2306 Abs. 1 S. 1 nicht berufen kann.) Ist der beschränkt oder belastet hinterlassene Erbtheil dagegen größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, so hat der Berechtigte die Wahl, den Erbtheil auszuschlagen und den Pflichttheil zu fordern, oder den Erbtheil mit den Belastungen oder Beschränkungen zu nehmen, in welchem Fall er keinen Pflichttheilsanspruch hat. Man kann sagen (Strohal S. 219 [7]), daß im neuen Recht die Sache gesetzlich so steht, wie im gemeinen Recht bei Gebrauch der cautela Socini (§ 582 zu [4]). Die Ausschlagungsfrist (1944) beginnt erst mit Kenntniß des Berechtigten von der Beschränkung oder Beschwerung (2306 Abs. 1 S. 2). Der Pflichttheilsberechtigte kann also nicht durch Fristversäumniß in Unkenntniß der Beschwerungen in die Lage kommen, als annehmend behandelt zu werden; wenn er aber in solcher Unkenntniß durch positive Erklärung angenommen hat, so wird ihm nicht geholfen. Denn ein die Anfechtbarkeit nach allgemeinen Vorschriften (119) begründender Irrthum liegt nicht vor. Ebenso, wie eine Beschränkung der Erbeseinsetzung, wirkt es, wenn der Berechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist, (2306 Abs. 2), also auch, wenn er nur bedingt oder befristet eingesetzt ist (2105). — Vgl. hiermit § 582 zu [1—4].

b. Ist dem Pflichttheilsberechtigten ein Vermächtniß zugewandt, so muß er nicht, wie im gemeinen Recht (§ 581 zu [1]), dasselbe in Anrechnung auf den Pflichttheil nehmen, sondern er kann es ausschlagen und den Pflichttheil fordern. Wenn er das Vermächtniß nicht ausschlägt, so bleibt ihm das Pflichttheilsrecht insoweit, als der Werth des Vermächtnisses nicht reicht. Der Werth wird aber brutto berechnet, ohne Rücksicht auf etwaige Beschränkungen und Beschwerungen des Vermächtnisses (2307 Abs. 1). Diese Berechnungsart dient der Vereinfachung und beruht auf dem Gedanken, daß der Erblasser bei derartiger Zuwendung einen der cautela Socini ähnlichen Gedanken gehabt haben werde (Mot. V S. 399 fg.). Kämen nur Fälle in Betracht, in denen der Berechtigte die Beschwerung des Vermächtnisses kennt, so wäre die vom Gesetz beliebte Regelung nicht zu beanstanden. Gefährlich aber ist sie deßhalb, weil der Pflichttheilsberechtigte, wenn er das Vermächtniß in Unkenntniß der Beschwerungen angenommen hat, sich die gesetzliche Berechnung ebenfalls gefallen lassen muß und nicht mehr zur Ausschlagung des Vermächtnisses zurückgreifen kann. Vorsichtiger wird danach der Berechtigte immer handeln, wenn er Vermächtnisse ausschlägt; denn er kann nie wissen, ob nicht auf Grund einer später noch aufgefundenen letztwilligen Verfügung sich eine Beschwerung des Vermächtnisses herausstellt. Der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe kann, um Klarheit herbeizuführen, den Pflichttheilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern. Mit fruchtlosem Ablauf der Frist gilt das Vermächtniß als ausgeschlagen, also der Pflichttheil als gewählt (2307 Abs. 2). Ist mit dem Vermächtniß ein Anderer als der Erbe beschwert, so kann diese Frist

nicht gesetzt werden (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 7476). Daraus, daß das angenommene Vermächtniß nach seinem Werthe auf den Pflichttheil anzurechnen ist, beantwortet sich auch die Frage, welche § 582 zu [5] fg. behandelt. Das Vermächtniß eines dem Erblasser nicht gehörenden Gegenstandes ist entweder unwirksam (vgl. 2169), so daß der Berechtigte den ganzen Pflichttheil fordern kann, oder es ist dasjenige anzurechnen, was dem Berechtigten nach § 2170 zukommt; ist das Vermächtniß ein Gattungsvermächtniß, so ist anzurechnen, was der Bedachte nach § 2182 erhält.

c. Wenn der Pflichttheilsberechtigte durch Ausschlagung eines beschränkten oder beschwerten Erbtheils oder Vermächtnisses den Pflichttheil gewählt hat, so kann er (obwohl die Voraussetzungen von § 119 zu Anf. nicht vorliegen) die Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen und der Wegfall erweislich ihm nicht bekannt war (2308 Abs. 1). Eine Anfechtung der Annahme wegen unbekannter Beschwerungen findet nicht statt. Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung folgt ihren allgemeinen Regeln (1954 fg.), welche auf die Anfechtung der Ausschlagung des Vermächtnisses entsprechend anwendbar sind; jedoch wird die Ausschlagung des Vermächtnisses dem Beschwerten gegenüber angefochten, nicht wie diejenige der Erbschaft (1955) dem Nachlaßgericht gegenüber (2308 Abs. 2).

d. Ist dem Pflichttheilsberechtigten „der Pflichttheil" zugewandt, so gilt das nach § 2304 im Zweifel nicht als Erbeseinsetzung. Der Berechtigte hat nur den Geldanspruch auf den Pflichttheilsbetrag. Strohal S. 217 [2] sagt, daß eine solche Verfügung auch kein Vermächtniß, sondern nur die ausdrückliche Erklärung des Erblassers sei, daß der Berechtigte auf den gesetzlichen Pflichttheilsanspruch beschränkt sein solle. Dann läge das Wesen der Verfügung in einer Enterbung. Sie enthält aber doch positiv die Zuwendung des Pflichttheils und das kann namentlich als Widerruf einer vorangegangenen Entziehung von Bedeutung sein. Möglich ist allerdings, daß die Verfügung nichts als die ausdrückliche Anerkennung des Pflichttheilsanspruchs durch den Erblasser ist, aber möglich doch auch, daß sie Vermächtnißcharakter hat. Der Erblasser kann z. B. nicht die gesetzliche Pflichttheilslast (2324), wohl aber die Zuwendung des Pflichttheils als Vermächtniß auch mit Wirkung im Verhältniß zu dem Berechtigten einem einzelnen Erben auferlegen. Natürlich kann dann der Berechtigte unter Ausschlagung des Vermächtnisses den gesetzlichen Pflichttheil wählen (2307), in welchem Falle auch § 2321 zur Anwendung kommt.

2. Die Frage, ob der Pflichttheilsberechtigte auch im gegebenen Falle der nächste gesetzliche Erbe sein muß (§ 597 a. E.) ist für Ehegatten nicht praktisch, da sie immer zu den nächsten gesetzlichen Erben gehören. In Ansehung der Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers gibt § 2309 die Entscheidung, daß sie insoweit nicht pflichttheilsberechtigt sind, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichttheil verlangen kann (gleichviel ob er es thut oder nicht), oder das ihm Hinterlassene annimmt.

Demselben Stamme sollen nicht zwei Pflichttheile und auch nicht ein Pflichttheil nebst einer Zuwendung zufallen. (Mot. V. S. 401 fg.) Ist also der Vor-

gehende nicht rechtmäßig ausgeschlossen und hat demzufolge den Pflichttheilsanspruch, oder hat er ihn in Folge der Ausschlagung des ihm Hinterlassenen (2306 Abs. 1 S. 2, 2307; vgl. ob. 1) oder hat er ihn in Folge der Annahme des Hinterlassenen nicht (2306 Abs. 1 S. 2. 2307; vgl. ob. 1), so hat der Nachgehende keinen Pflichttheilsanspruch. Dasselbe gilt, wenn der Vorgehende theilweise Pflichttheilsanspruch hat und für den andern Theil eine angenommene Zuwendung (2307 Abs. 1 S. 2. 2305; vgl. ob. 1). Wenn dagegen der Vorgehende rechtmäßig vom Pflichttheil ausgeschlossen, oder für erbunwürdig erklärt ist, oder das ihm Hinterlassene auf solche Weise ausgeschlagen hat, daß ihm kein Pflichttheilsanspruch erwachsen ist (vgl. ob. 1), so hat der Nachstehende den Pflichttheilsanspruch. Das Wort insoweit im § 2309 deutet an, daß möglicher Weise der Nachgehende theilweise Pflichttheilsanspruch hat. Dieß dann, wenn der Vorgehende theilweise Pflichtheilsanspruch hat und nicht für den andern Theil Deckung in einer Zuwendung erhalten und angenommen hat, insbesondere, wenn der Vorgehende vom Erblasser rechtmäßig von einem Theil des Pflichttheilsanspruchs ausgeschlossen ist, oder wenn im Falle des § 2305 der Vorgehende den Erbtheil ausgeschlagen hat. Im Falle des Erbverzichts eines Abkömmlings sind dessen Abkömmlinge im Allgemeinen vom Pflichttheilsrecht gemäß § 2349. 2346 Abs. 1 ausgeschlossen. Sind sie aber von den Wirkungen des Erbverzichts ausgenommen, so steht ihnen das Pflichttheilsrecht zu. Stehen hinter dem Verzichtenden die Eltern des Erblassers, so gilt dasselbe immer, da der Verzicht sie nie berührt. Wenn aber der Verzichtende eine Zuwendung von Todeswegen erhalten und angenommen hat, so ist m. E., so weit sie reicht, der Pflichttheilsanspruch der Nachstehenden ausgeschlossen (anders Strohal Programm [s. unt.] S. 37. Erbr. 2. Aufl. S. 222, Ubbelohde [s. unt.] S. 127). Man darf nicht sagen, der Verzichtende sei überhaupt kein Abkömmling, der die Entfernteren im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde; er würde es doch kraft Gesetzes thun, wenn nicht eben der Verzicht im Wege stände. Der Wortlaut des § 2309 ist also entschieden dafür, daß die Entfernteren kein Pflichttheilsrecht haben, insoweit der Verzichtende das ihm Hinterlassene annimmt. Dieß ist auch die Absicht des I. Entw. (Mot. V S. 402 i. d. Mitte), die II. Commission freilich hat sich die Entscheidung der Frage zunächst vorbehalten (Prot. S. 7487), dann aber (vgl. Prot. S. 7644 fg.) eine Entscheidung überhaupt nicht gegeben. Angesichts dessen ist man berechtigt, bei dem Wortlaut des Gesetzes stehen zu bleiben, da das ihm zu entnehmende Ergebniß gewiß nicht unbillig ist. Vgl. zu § 2309 im Ganzen Schiffner § 7, Strohal Erbr. I. Aufl. S. 73 fg. (dazu Hellmann kr. VJS. XXXIX S. 227 fg. Küntzell Gruch. Beitr. XLI S. 449 fg., Ubbelohde Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 124 fg. (1898), Strohal das Pflichttheilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers nach dem deutschen BGB. Leipz. Progr. 1899. Erbrecht 2. Aufl. § 50.

II. Der Pflichttheil besteht in einer Geldforderung auf die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils (2303 Abs. 1 S. 2).

1. Die Bestimmung des Erbtheils (vgl. Schiffner § 8) erfolgt unter Mitzählung derjenigen, welche enterbt sind oder ausgeschlagen haben oder für erbunwürdig erklärt sind; dagegen wird nicht mitgezählt, wer Erbverzicht geleistet hat (2310, vgl § 580 [4 a. E.]).

2. Gerechnet wird (vgl. Schiffner § 9) nach dem Bestand und Werth des Nachlasses in Aktiven und Passiven zur Zeit des Erbfalles (2311 Abs. 1 S. 1; vgl. § 581 zu [11.12]). Soweit erforderlich, hat Schätzung stattzufinden; Werthbestimmung durch den Erblasser ist nicht maßgebend (2311 Abs. 2), weil durch sie der Pflichttheilsanspruch beeinträchtigt werden könnte. Aufschiebend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten, ungewisse und unsichere Rechte, sowie zweifelhafte Verbindlichkeiten bleiben außer Ansatz, vorbehaltlich späteren Ausgleichs (s. auch 2313 Abs. 2 S. 2); auflösend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten kommen zum vollen Betrage in Ansatz, wiederum vorbehältlich späteren Ausgleichs (2313; vgl. unt. § 652 [4]). Besonderes in Betreff von Landgütern: 2312. Der dem Ehegatten gebührende Voraus, der aber nur in Betracht kommt, wenn der Gatte neben Eltern, nicht, wenn er neben Abkömmlingen steht, ist eine vermächtnißähnliche Schuld des Nachlasses (1932). Da aber Vermächtnisse dem Pflichttheil nachstehen, so würden an und für sich die Eltern den Pflichttheil vom Werthe des ganzen Nachlasses einschließlich der Gegenstände das Voraus verlangen können. Der § 2311 Abs. 1 S. 2 bestimmt aber das Gegentheil; eine Bestimmung, die natürlich dann nicht gilt, wenn dem Gatten der Voraus nicht gebührt (s. Strohal S. 235 zu [6]). Der Gatte selbst erhält den Pflichttheil auch von den Gegenständen des Voraus.

Der Pflichttheilsberechtigte kann selbst Erbe sein (2305) und kann sich dann selbst in der erforderlichen Art orientiren. Ist er es nicht, so hat er Anspruch auf Auskunft und Offenbarungseid (2314. 260 fg.).

3. Ist dem Pflichttheilsberechtigten etwas von Todeswegen hinterlassen, so kann dadurch der Pflichttheilsanspruch ausgeschlossen, aber auch gemindert werden (vgl. ob. I, 1).

4. Zuwendungen unter Lebenden (vgl. Schiffner § 11) seitens des Erblassers an den Pflichttheilsberechtigten kommen auf den Pflichttheil zur Anrechnung, wenn bei der Zuwendung eine dahin gehende Bestimmung getroffen wurde (2315 Abs. 1). In diesem Falle wird der Werth der Zuwendung zur Zeit, zu der sie geschah, dem Nachlaß hinzugerechnet (2315 Abs. 2), hiervon der Pflichttheil gesucht, und von dem Ergebniß der Betrag der Zuwendung abgezogen. Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die gleiche Rechnung auch dann statt, wenn nicht er selbst die Zuwendung erhalten hat, sondern ein Abkömmling, an dessen Stelle er getreten ist (2315 Abs. 3), und zwar gilt dieß auch dann, wenn andere Abkömmlinge nicht vorhanden sind (Strohal S. 247 fg. unter 2).

Der Pflichttheil eines Abkömmlings bestimmt sich, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind, und der Erblasser einem Abkömmling eine Zuwendung gemacht hat, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde (2050), nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbtheil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Theilung entfallen würde (2316 Abs. 1), d. h. die Zuwendung nach dem Werthe zur Zeit, da sie geschah, wird dem Nachlaß hinzugerechnet, soweit dieser den Abkömmlingen zukommt (2055 Abs. 1 S. 2. Abs. 2), also unter Ausschluß des etwaigen Gattenantheils von der Berechnung. Die Erbtheile werden so gefunden, wie bei der Pflichttheilsberechnung überhaupt (2316 Abs. 1 S. 2. 2310). Für jeden Abkömmling, außer dem Aus-

gleichungspflichtigen ist der Pflichttheil der danach berechnete halbe Werth seines Erbtheils; demjenigen aber, der die Zuwendung erhielt, wird deren Werth von dem nach dem Vorigen berechneten Werth seines Erbtheils vorweg abgesetzt (2055 Abs. 1 S. 1), und nur die Hälfte des Restes ist sein Pflichttheil. Anders ausgedrückt: die Pflichttheile sämmtlicher Abkömmlinge zusammen erhöhen sich um den halben Werth der Zuwendung, dieser halbe Werth aber wird dem Ausgleichungspflichtigen allein wieder abgezogen, so daß der Pflichttheilsschuldner keinen Schaden nimmt, sondern nur die Pflichttheile der übrigen Abkömmlinge um ebensoviel wachsen, als derjenige des Ausgleichungspflichtigen sich mindert. Ist der Nachlaß 8000 und sind nur zwei Söhne A und B vorhanden, von denen einer (A) eine ausgleichungspflichtige Zuwendung von 2000 erhalten hat, so ist zu rechnen 8000 + 2000 = 10,000; 10,000 : 2 = 5000; der Pflichttheil des B ist somit 5000 : 2 = 2500. Der Pflichttheil des A dagegen wird so berechnet: $\frac{5000-2000}{2} = 1500$. Beide Pflichttheile zusammen betragen ebensowohl 4000, wie dann, wenn man die Zuwendung ganz außer Ansatz läßt; es erhält aber A um 500 mehr, B um 500 weniger, als bei dieser Berechnung. Es ist nun aber möglich, daß eine Zuwendung der Ausgleichung unterliegt, und daß zugleich der Erblasser ihre Anrechnung auf den Pflichttheil angeordnet hat. Für diesen Fall ging die Reichstagscommission (Bericht S. 178 [Heymann]) von dem Gedanken aus, daß zunächst die obige Rechnung durchzuführen, auf den mittels ihrer gefundenen Pflichttheil des Ausgleichungspflichtigen aber nur noch die andere Hälfte der Zuwendung abzurechnen sei, da die eine Hälfte derselben bereits, was ganz richtig ist, in der vorigen Rechnung zum Abzug gekommen sei. Diese Rechnungsweise ist in § 2316 Abs. 4 zur gesetzlichen erhoben. Gegen dieselbe kämpft Ubbelohde Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 141 fg., und in anderer Weise Strohal S. 257 fg. Die gewichtigeren Angriffe sind diejenigen von Strohal, welcher den § 2316 Abs. 4 theils für überflüssig, theils (im Falle der Concurrenz eines Ehegatten) für irreführend hält und annimmt, daß, wenn der Erblasser die Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichttheil angeordnet habe und somit die Rechnung des § 2315 anzuwenden sei, die Zuwendung im Sinne des § 2316 einfach nicht mehr berücksichtigt werden könne (S. 259). Zuzugeben ist, daß, wenn nur Abkömmlinge vorhanden sind, der Pflichttheil des Empfängers der Zuwendung sich genau so stellt, wenn man ihn in dem fraglichen Falle rein nach § 2315 berechnet, wie dann, wenn man der Rechnungsweise der Reichstagscommission folgt. Zieht man von dem oben für B berechneten Pflichttheil mit 1500 noch die Hälfte der Zuwendung mit 1000 ab, so bleiben 500, ebenso wie bei der Rechnung $\frac{8000 + 2000}{4} - 2000 = 500$. Hätte aber das Gesetz vorgeschrieben, daß, wenn die Anrechnung einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung auf den Pflichttheil vom Erblasser angeordnet ist, einfach die Rechnung des § 2315 zu befolgen sei, so wäre der Abzug, den der Empfänger der Zuwendung erleidet, ausschließlich dem Pflichttheilsschuldner zu Statten gekommen, während das Gesetz will, daß die Hälfte dieses Abzugs den anderen Abkömmlingen zu Gute kommen soll. Es mußte also eine Combination der Rechnungen des § 2316 und des § 2315 angewandt werden, die dieses Ergebniß

sichert, und das ist bei der Berechnung des § 2316 Abs. 4 der Fall. Steht neben den Abkömmlingen ein Ehegatte, so kommt Folgendes in Betracht: Wird die Zuwendung gemäß § 2315 dem ganzen Nachlaß hinzugerechnet, so verschwindet 1/4 derselben in dem Erbtheil des Ehegatten, nur drei Viertel gereichen (zum entsprechenden Antheil) dem Pflichttheil dessen zur Erhöhung, der die Zuwendung empfangen hat, während nach § 2316 die ganze Zuwendung zur Erhöhung der Pflichttheile der Abkömmlinge gereichen soll und somit auch der Empfänger der Zuwendung selbst einen Pflichttheil erhält, der um seinen Antheil an dem letzten Viertel der Zuwendung höher ist, als bei Anwendung des § 2315. Sind zwei Söhne und der Gatte vorhanden, so ist der gesetzliche Erbtheil des Gatten 1/4, der jedes Sohnes 3/8, der Pflichttheil jedes Sohnes 3/16. Rechnet man nach § 2315, so steckt in dem Pflichttheil des Empfängers der Zuwendung von deren Werth 3/16. Rechnet man nach § 2316 die Zuwendung nur zu dem Theil der Erbschaft, der den Söhnen gebührt, so erhöht sich der Pflichttheil eines jeden um 1/4 der Zuwendung, also erhält auch der Empfänger der Zuwendung als Pflichttheil um 1/16 der Zuwendung mehr, als bei Anwendung des § 2315. Ist der Nachlaß 14,000 die Zuwendung 2000, so ergäbe die Berechnung des § 2315: 14,000 + 2000 = 16,000, davon 3/16 = 3000, hiervon ab 2000 = 1000 als Pflichttheil des Empfängers der Zuwendung. Dagegen ergibt die Berechnung des § 2316: Aus den 14,000 ist auszuscheiden das Viertel des Gatten mit 3500, bleiben 10,500; hierzu die Zuwendung mit 2000 = 12,500; an dieser Masse hat jeder Sohn die Hälfte als gesetzlichen Erbtheil = 6250, der Pflichttheil dessen, der nicht die Zuwendung erhielt, ist 3125. Der Pflichttheil des Empfängers der Zuwendung dagegen wird so gefunden: 6250 — 2000 = 4250; 4250 : 2 = 2125, 2125 — 1000 = 1125, d. i. um 125 = ein Sechzehntel der Zuwendung mehr als bei Anwendung des § 2315. Ich finde, daß dieß ein erträgliches Ergebniß des Gesetzes ist, und nehme als das richtige Verhältniß von § 2315 und § 2316 daher an: Ist die Anrechnung einer nicht ausgleichungspflichtigen Zuwendung auf den Pflichttheil bestimmt, so ist nach § 2315 zu rechnen. Ist dagegen die Anrechnung einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung angeordnet, so wird ausschließlich nach § 2316 einschließlich seines Abs. 4 gerechnet.

Die Pflichttheile der dem Empfänger der Zuwendung gegenüberstehenden Abkömmlinge sind in Folge der Berücksichtigung der Zuwendung, wie bemerkt, höher als wenn sie vom reinen Nachlaß berechnet würden. Das Gesetz spricht ausdrücklich aus, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn er als Erbe den halben gesetzlichen Erbtheil oder mehr hinterlassen erhalten hat, dennoch die Differenz zwischen dem durch Berücksichtigung der Zuwendung erhöhten Pflichttheil und dem Werth des hinterlassenen Erbtheils verlangen kann (2316 Abs. 2). Dieß bildet eine unentbehrliche Modification des § 2305 und gilt, wie § 2305 selbst, auch dann, wenn der Berechtigte den Erbtheil ausschlägt. Die §§ 2306. 2307 dagegen erleiden in sich keine Modificationen, nur ist selbstverständlich, daß, wenn es nach ihnen zur Pflichttheilsforderung kommt, der höhere Pflichttheil gefordert werden kann.

Wenn eine Zuwendung nur kraft einer bei ihr getroffenen Bestimmung zur Ausgleichung zu bringen ist, so kann der Erblasser ihre Berücksichtigung bei der Pflichttheilsberechnung ausschließen. Die gesetzlich der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen des § 2050 Abs. 1 dagegen kann er von dieser Berücksichtigung

zum Nachtheil eines Pflichttheilsberechtigten nicht ausschließen (2316 Abs. 3), trotzdem er die Ausgleichung selbst (bei der Zuwendung) ausschließen kann. Die Vorschrift soll die dem Empfänger der Zuwendung gegenüberstehenden Abkömmlinge in dem durch Berücksichtigung der Zuwendung erhöhten Pflichttheil schützen. Sie spricht nur von den Zuwendungen des § 2050 Abs. 1; diejenigen des § 2050 Abs. 2 trifft sie nicht. Soweit aber diese sich als Schenkungen darstellen, geben sie, ohne daß der Erblasser dieß ändern könnte, Grund zur Pflichttheilsergänzung gemäß § 2325 fg. (Strohal S. 256 fg.)

III. Der Pflichttheilsanspruch entsteht mit dem Erbfalle (2317 Absatz 1). Wenn er erst durch Ausschlagung von etwas Hinterlassenem eröffnet wird (vgl. I, 1), so kann er erst mit der Ausschlagung entstehen, gilt dann aber als mit dem Erbfall entstanden. Zu diesem Resultat gelangt mit Recht Strohal S. 237 fg., s. auch denselben S. 238 unter 3. Der Anspruch ist vererblich und übertragbar (2317. Abs. 2), pfändbar aber erst, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (CPO. 852 Abs. 1). Er verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Pflichttheilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntniß erlangt, aber auch in dreißig Jahren vom Erbfall ohne Rücksicht auf jene Kenntniß. Billiger Weise hemmt es die Verjährung nicht, wenn (vgl. I, 1) der Anspruch erst durch Ausschlagung des Hinterlassenen erworben werden muß (2332 Abs. 3; vgl. I, S. 482 unter 3). Den Pflichttheilsanspruch ein gesetzliches Vermächtniß zu nennen, ist nur im Sinne einer gewissen Parallele möglich und von Schiffner § 5 auch nicht anders gemeint. Vgl. im übrigen denselben §§ 14—16. 19.

IV. Die Pflichttheilslast. (Vgl. Schiffner § 13).

1. Die Pflichttheilslast liegt dem Erben ob (2303 Abs. 1 S. 1) und zwar als eine Nachlaßverbindlichkeit, wenn auch eine solche von besonderer Art (1967 Abs. 2. 1972 fg. 1991 Abs. 3. KO. 226, 4). Sind mehrere Erben vorhanden, so ist die Pflichttheilslast eine gemeinschaftliche Nachlaßschuld, dergestalt, daß an und für sich die Erben als Gesammtschuldner haften (2058 fg.). Unter sich tragen sie die Last natürlich nach Verhältniß der Erbtheile; der Erblasser kann sie aber im Verhältniß der Miterben (nicht mit Wirkung gegen den Berechtigten) einzelnen Erben auferlegen (2324). Ist ein Miterbe selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er im Verhältniß der Miterben naturgemäß nicht mit dem eigenen Pflichttheil zur Berichtigung eines fremden beitragen. Die Berichtigung der Pflichttheilsschuld gemäß § 2046 darf nur mit Wahrung dieses Grundsatzes erfolgen. Dieß bestätigt § 2319 durch dasjenige, was er für den Fall bestimmt, daß die Theilung ohne Berichtigung der Pflichttheilsschuld vor sich gegangen ist. An sich könnte der Berechtigte jetzt jeden Erben solidarisch oder wenigstens (2060 fg.) nach Verhältniß seines Erbtheils in Anspruch nehmen, auch den pflichttheilsberechtigten Miterben. Dieser aber kann nach § 2319 cit., dem dritten Pflichttheilsberechtigten die Befriedigung soweit verweigern, daß ihm sein Pflichttheil verbleibt; für den Ausfall haften die übrigen Erben.

2. Der Erbe kann in Ermangelung anderer Bestimmung des Erblassers (2324), wenn er mit Vermächtnissen oder Auflagen belastet ist, diese soweit kürzen, daß die Pflichttheilslast von ihm und den Vermächtnissen und Auflagen verhält-

nißmäßig getragen wird, (2318 Abs. 1). Ist z. B. die Hälfte der Erbschaft durch Vermächtnisse und Auflagen in Anspruch genommen, so kann der Erbe den Betrag der halben Pflichttheilslast an den Vermächtnissen und Auflagen abziehen. Wenn jedoch nach §§ 2320 — 2322 die Pflichttheilslast ohnehin nicht auf die Schultern des Erben fällt, (s. unt. 3), so findet solche Kürzung nicht statt (2324). Findet sie statt, so trifft sie die Belastungen nach Verhältniß ihres Betrages, der Erblasser kann aber eine Rangordnung festsetzen (2189).

Ist ein Vermächtnißnehmer selbst pflichttheilsberechtigt, so ist ihm gegenüber die Kürzung nur soweit zulässig, daß ihm der Pflichttheil verbleibt (2318 Abs. 2). Danach kann ihm bis zur vollen Höhe des Ueberschusses über seinen Pflichttheil ein Abzug gemacht werden. Wenn einem (A) von zwei Söhnen des Erblassers bei einer Erbschaft von 4000 ein den Pflichttheil (1000) übersteigendes Vermächtniß von 1200 ausgesetzt ist, während noch ein anderer Vermächtnißnehmer (X) mit einem Vermächtniß von 800 bedacht ist, so betragen die Vermächtnisse 2000, also die Hälfte der Erbschaft, und der Pflichttheil (1000) des anderen Sohnes (B) müßte danach zur Hälfte von den Vermächtnißnehmern, zur Hälfte von dem Erben getragen werden. Den Vermächtnißnehmern wären also 500 abzuziehen und zwar nach dem Verhältniß von $^{12}/_{20}$ und $^{8}/_{20}$, also wären dem A 300, dem X 200 abzuziehen. A kann aber nur 200 abgeben, um seinen Pflichttheil freizubehalten, ihm sind also nur 200 abzuziehen. Daß der Erbe wegen des Ausfalls den andern Vermächtnißnehmer heranziehen könnte, ist nicht vorgeschrieben. So auch Strohal S. 241 fg.[1]. Der Erbe zahlt den Pflichttheil des B mit 1000, auf das Vermächtniß an A 1000, auf das Vermächtniß an X 600; er behält 1400. Allerdings könnte man eine feinere Rechnung versuchen, davon ausgehend, daß eigentlich nur der Ueberschuß des dem Pflichttheilsberechtigten zugewandten Vermächtnisses über den Pflichttheil wahren Vermächtnißcharakter habe, und daß daher nur dieser Betrag (200) einer proportionalen Herabsetzung unterworfen sei. Dann müßte man aber folgerichtig auch bei Aufsuchung der Gesammtsumme der Vermächtnisse nur diesen Betrag einstellen und andererseits dem Erben auch wegen des den Pflichttheil deckenden Theiles des Vermächtnisses an den Pflichttheilsberechtigten ein Kürzungsrecht geben. Wir hätten dann in dem obigen Beispiel einen Gesammtbetrag der Vermächtnisse von nur 1000 oder $^{1}/_{4}$ des Gesammtbetrages der Erbschaft, und die Vermächtnißnehmer müßten sich $^{1}/_{4}$ des Pflichttheilsbetrages abziehen lassen, aber nicht nur mit Rücksicht auf den Pflichttheil des B (1000), sondern auch auf den des A (1000). Die Vermächtnißnehmer würden also einen Abzug von zusammen 500 erleiden und zwar trüge A, dessen Vermächtniß zu 200 gerechnet wird, von diesem Abzug $^{1}/_{5}$, X (Vermächtniß 800) $^{4}/_{5}$, oder es verlöre A 100, X 400. Diese Berechnung, bei welcher der mit Vermächtniß bedachte Pflichttheilsberechtigte und der Erbe auf Kosten des nicht pflichttheilsberechtigten Vermächtnißnehmers besser fahren, ist aber nicht die des Gesetzes.

Ist der Erbe selbst pflichttheilsberechtigt, so sind, wenn sein Erbtheil nicht größer als sein Pflichttheil ist, die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen nichtig (2306 Abs. 1 S. 1), also kann von Kürzung keine Rede sein. Ist aber sein Erbtheil größer, so kann er entweder ausschlagen und den Pflichttheil fordern oder den Erbtheil nehmen, muß dann aber die Vermächtnisse und Auflagen ohne Rücksicht auf seinen Pflichttheil tragen (2306 Abs. 1 S. 2).

Wenn daher § 2318 Abs. 3 sagt: „Ist der Erbe selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er wegen der Pflichttheilslast Vermächtnisse und Auflagen so weit kürzen, daß ihm sein eigener Pflichttheil verbleibt," so steht das wörtlich genommen mit § 2306 Abs. 1 S. 2 in Widerspruch. Der Umstand, daß der pflichttheilsberechtigte Erbe auch einen fremden Pflichttheil zu entrichten hat, kann ihm nicht die Handhabe bieten, seinen Pflichttheil von Vermächtnissen und Auflagen schlechthin frei zu machen, sondern die Meinung kann nur sein, daß der fremde Pflichttheil und die Vermächtnisse und Auflagen zusammengenommen ihm nicht mehr von seinem Pflichttheil entziehen sollen, als er sich nach § 2306 in Folge der Vermächtnisse und Auflagen allein gefallen lassen muß. M. a. W.: er kann den fremden Pflichttheil (nöthigen Falls ganz) an den Vermächtnissen und Auflagen kürzen, soweit dieß erforderlich ist, um eine solche Mehrbelastung seines eigenen Pflichttheils zu verhindern. So auch Strohal S. 241 fg., vgl. Hellmann kr. VJS. XXXIX S. 229 fg. und s. die Fassung der Anträge 1a und 2, welche die II. Comm. (Prot. S. 7545 fg.) annahm. Ist ein Sohn des Erblassers zum alleinigen Erben eingesetzt und beträgt die Erbschaft 4000, während Vermächtnisse im Betrage von 3500 (7/8 der Erbschaft) errichtet sind, so muß er, wenn er die Erbschaft nimmt, die Vermächtnisse ganz entrichten, obwohl sie ihm den Pflichttheil nicht freilassen. Ist ein zweiter, ausgeschlossener und pflichttheilsberechtigter Sohn vorhanden, so könnte der Erbe gemäß § 2318 Abs. 1 den Vermächtnißnehmern nur soviel abziehen, daß sie 7/8 des fremden Pflichttheils trügen; er müßte also dem Bruder einen Pflichttheil von 1000 zahlen, den Vermächtnißnehmern könnte er hierfür 875 abziehen, während er ihnen 2625 zahlen müßte; im Ganzen also zahlte er 3625 und behielt nur 375. Statt dessen aber kann er den ganzen fremden Pflichttheil mit 1000 den Vermächtnißnehmern abziehen, so daß er insgesammt 3500 zahlt. Mehr kann er nicht abziehen; ist er vielmehr hiermit nicht zufrieden, so muß er die Erbschaft ausschlagen und den eigenen Pflichttheil fordern. Der § 2318 Abs. 3 wird weder im § 2323 noch im § 2324 mitgenannt. Danach könnte man annehmen, daß das in diesem Absatz verordnete Kürzungsrecht auch dann besteht, wenn der Erbe den fremden Pflichttheil gemäß § 2320 — § 2322 im Verhältniß zu den übrigen Betheiligten nicht trägt, und daß der Erblasser an demselben Recht nichts ändern kann. Allein nach dem Princip des § 2306 Abs. 1 S. 2 kann der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten, dem er einen im Vergleich zum Pflichttheil höheren Erbtheil hinterläßt, für den Fall der Annahme desselben beliebig belasten, folgerichtig muß er ihm auch die Kürzung des § 2318 Abs. 3 verbieten können; dem Berechtigten steht die Wahl des Pflichttheilsanspruchs frei. Und was den § 2323 angeht, so erscheint das Kürzungsrecht des § 2318 Abs. 3, wenn der Erbe den fremden Pflichttheil nicht trägt, ebenso unberechtigt, wie dasjenige des § 2318 Abs. 1. Will man es dennoch anerkennen, so muß man sagen, daß der pflichttheilsberechtigte Erbe jeden Falls nur die Wahl haben kann, die Last des fremden Pflichttheils nach § 2318 Abs. 3 oder nach § 2320 fg. von sich abzuwälzen. Beide Rechte nebeneinander auszuüben, kann nicht möglich sein.

3. Nicht im Verhältniß zu dem Pflichtheilsberechtigten, wohl aber im Verhältniß der übrigen Betheiligten führen die §§ 2320 bis 2322 das Princip durch, daß der Pflichttheil von demjenigen zu tragen ist, dem der

Ausschluß des Pflichttheilsberechtigten zu Statten kommt. Die Vorschriften sind aber nur dispositiv (2324).

a. Wer an Stelle des Pflichttheilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird, trägt im Verhältniß der Miterben die Pflichttheilslast und, wenn der Pflichttheilsberechtigte ein ihm zugewandtes Vermächtniß annimmt, auch dieses (welches den Pflichttheil entsprechend mindert [2307 Abs. 1 S. 2]), beide aber nur in Höhe des erlangten Vortheils (2320 Abs. 1). Die Vorschrift ist gegenstandslos, wenn der Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten unter alle Miterben nach Verhältniß ihrer sonstigen Erbtheile vertheilt ist, z. B. wenn ein Sohn enterbt ist und die beiden andern je zur Hälfte Erben sind. Sie setzt voraus, daß Einer oder Einzelne den Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten erhalten haben, wie z. B. wenn der enterbte Sohn Kinder hat, welche statt seiner als gesetzliche Erben neben andern Söhnen des Erblassers eintreten.

Ebenso ist es möglich, daß der Erblasser den Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten in erkennbarer Weise einem oder einigen der Erben zugewandt hat; dann gelten dieselben Sätze (2320 Abs. 2). Die Worte „in Höhe des erlangten Vortheils" gewinnen Bedeutung, wenn der Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten unter mehrere vertheilt ist, insbesondere wenn dieß ungleich gegeschehen ist.

b. Schlägt der Pflichttheilsberechtigte ein ihm zugewandtes Vermächtniß aus, welches im Falle der Annahme den Pflichttheil in Höhe seines Werthes decken würde (2307 Abs. 1 S. 2), so hat im Verhältnisse der Erben und Vermächtnißnehmer zu einander derjenige, dem die Ausschlagung zu Statten kommt, in Höhe des erlangten Vortheils die Pflichttheilslast zu tragen (2321), also der Ersatzvermächtnißnehmer, der anwachsungsberechtigte Mitvermächtnißnehmer, der mit dem Vermächtniß Beschwerte, bei dem es verbleibt. Der Erbe, der den Pflichttheil entrichtet, kann ihn im vollen Betrage dem Ersatzvermächtnißnehmer abziehen, ebenso dem anwachsungsberechtigten Mitvermächtnißnehmer, diesem aber nur bis zur Erschöpfung des Anwachsungstheils. War das Vermächtniß einem Vermächtnißnehmer auferlegt, der es nun nicht zu entrichten braucht, so kann von dem ihm Gebührenden auf Rechnung des Pflichttheils der Erbe so viel abziehen, als der Vermächtnißnehmer spart. War ein einzelner Erbe mit dem Vermächtniß belastet, so trägt er im Verhältniß zu dem Miterben in Höhe dessen was er spart, den Pflichttheil allein, und kann auch anderen Vermächtnißnehmern insoweit keine Abzüge nach § 2318 Abs. 1 machen; denn er trägt den Pflichttheil nicht als Erbe, sondern als derjenige, dem die Ausschlagung des Vermächtnisses zu statten kommt.

c. Wenn eine vom Pflichttheilsberechtigten ausgeschlagene Erbschaft oder ein von ihm ausgeschlagenes Vermächtniß mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, so hat die Pflichttheilslast zu tragen derjenige, dem die Ausschlagung zu statten kommt (2320. 2321). Unbillig wäre, wenn er außerdem das Vermächtniß oder die Auflage im vollen Umfang zu tragen hätte. Er kann sie vielmehr soweit kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichttheilslast erforderliche Betrag verbleibt (2322). Eine weitere Kürzung nach § 2318 findet nicht statt.

V. Die Pflichttheilsergänzung wegen Schenkungen (vgl. § 586), (Schiffner § 12.)

1. Hat der Erblasser eine Schenkung gemacht, ohne dazu durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht genöthigt zu sein (2330), so kann der Pflichttheilsberechtigte eine Ergänzung des Pflichttheils verlangen (2325 Abs. 1), es wären denn seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes (nicht seit dem etwaigen Schenkungsversprechen) zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre verstrichen; bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe (2325 Abs. 3). Letzteres ist bestimmt, weil bei Schenkung an den Ehegatten der Verdacht arglistigen Verhaltens besonders nahe liege und bei währender Ehe der verschenkte Gegenstand thatsächlich noch gemeinschaftliches Vermögen bleibe. (Prot. d. II. Comm. S. 7619).

2. Die Pflichttheilsergänzung besteht in der Differenz zwischen dem Pflichttheil, welcher vom reinen Nachlaß berechnet wird und einem Pflichttheil, der vom Nachlaß, vermehrt um den Werth des verschenkten Gegenstandes, berechnet wird. Bei verbrauchbaren Sachen entscheidet der Werth zur Zeit der Schenkung, bei anderen Gegenständen zunächst der Werth zur Zeit des Erbfalls. Hatte aber der Gegenstand zur Zeit der Schenkung erweislich einen geringeren Werth, so entscheidet dieser (2325 Abs. 2.).

3. Die Pflichttheilsergänzung ist im Allgemeinen zu behandeln wie der Pflichttheil überhaupt, nur bringt § 2326 eine der Sachlage entsprechende Modification des § 2305.

4. Hat der Pflichttheilsberechtigte selbst ein Geschenk vom Erblasser erhalten, so wird dasselbe in der gleichen Weise wie das dem Dritten gemachte dem Nachlaß hinzugerechnet und auf die Ergänzung angerechnet. Diese Anrechnung findet auch dann statt, wenn der Pflichttheilsberechtigte das Geschenk länger als zehn Jahre vor dem Erbfall erhielt (Prot. der II. Comm. S. 8327 fg.), nicht aber dann, wenn es aus sittlicher Pflicht oder Anstandsrücksicht gegeben wurde (2330). Die gleiche Rechnung findet auch dann statt, wenn der pflichttheilsberechtigte Abkömmling das Geschenk nicht selbst erhalten hat, sondern ein anderer Abkömmling, an dessen Stelle er getreten ist (2327 Abs. 2). Die Anrechnung auf die Ergänzung kann immer nur höchstens die Ergänzung aufzehren, aber in den vom reinen Nachlaß berechneten Pflichttheil nicht einbrechen; anders ist es, wenn das Geschenk kraft der bei ihm getroffenen Bestimmung auf den Pflichttheil anzurechnen ist (2327 Abs. 1 S. 2).

5. Für die Ergänzung, wie für den Pflichttheil überhaupt, haftet der Erbe. Ist er aber selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er die Ergänzung soweit verweigern, daß ihm sein eigener ergänzter Pflichttheil bleibt (2328).

Der Beschenkte kann in Anspruch genommen werden (2329), soweit der Erbe nicht haftet, sei es wegen § 2328, sei es wegen der beschränkten Erbenhaftung für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt. Haftet aber der Erbe unbeschränkt, so kann wegen seiner Insolvenz der Beschenkte nicht in Anspruch genommen werden. Der Beschenkte hat, wenn er in Anspruch genommen werden kann, das Geschenk nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zum Zwecke der Befriedigung des Berechtigten in Ansehung desjenigen Ergänzungsbetrages herauszugeben, für welchen der Erbe nicht haftet;

er kann aber die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden (2329 Abs. 2). Die gesteigerte Haftung des § 819 kann erst eintreten, wenn der Beschenkte alle den Anspruch gegen ihn begründenden Umstände kennt. Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur, soweit der später Beschenkte nicht verpflichtet ist, also soweit der Fehlbetrag den Betrag der späteren Schenkung übersteigt, oder die Haftung des später Beschenkten wegen Minderung seiner Bereicherung weggefallen ist (818 Abs. 3. vgl. aber Abs. 4 das. und 819); für die Insolvenz des später Beschenkten dagegen haftet der früher Beschenkte nicht. Ist der Pflichttheilsberechtigte der alleinige Erbe, so hat er eine Ergänzung insoweit zu fordern, als nicht der Werth des reinen Nachlasses dem Betrage des ergänzten Pflichttheils gleichkommt (2326). Diesen Anspruch hat er natürlich immer gegen den Beschenkten (2329 Abs. 1 S. 2). Der Anspruch gegen den Beschenkten verjährt in drei Jahren vom Erbfall ohne Rücksicht auf Kenntniß des Pflichttheilsberechtigten (2332 Abs. 2); vgl. auch 2332 Abs. 3.

6. Zuwendungen aus dem ehelichen Gesammtgut s. 2331.

VI. Rechtmäßige Entziehung und Beschränkung des Pflichttheils (vgl. Schiffner § 17. 18).

1. Die Entziehung des Pflichttheils kann erfolgen aus einem gesetzlichen, schon zur Zeit der Verfügung bestehenden (anders § 589 zu [5]) erweislichen Grunde mittels letztwilliger Verfügung, die diesen Grund nennt (2336 Abs. 1 — 3; vgl. § 589 [11]). Das BGB hat in Betreff des Pflichttheils von Abkömmlingen und Eltern die Entziehungsgründe aufgezählt. (2333. 2334, vgl. § 590). In Betreff des Pflichttheils der Ehegatten nimmt es Bezug auf die Gründe der Scheidung wegen Verschuldens (2335). Das Erlöschen des Scheidungsrechts durch Fristversäumniß (1571) vernichtet das Ausschließungsrecht nicht (2335 Abs. 2). In allen Fällen aber erlischt dasselbe durch Verzeihung; diese macht selbst eine geschehene Entziehung unwirksam (2337; vgl. § 590 zu [15. 16].) Die Entziehung wegen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels ist unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von diesem Lebenswandel abgewandt hat (2336 Abs. 4).

2. Beschränkungen kann der Erblasser bona mente gemäß § 2338 anordnen wegen Verschwendung oder Ueberschuldung des Pflichttheilsberechtigten.]

Drittes Kapitel.

Von dem Erwerbe der Erbschaft*.

Uebersicht des Folgenden.

§ 594.

Der Erwerb der Erbschaft ist begrifflich von der Berufung zur Erbschaft immer verschieden[1]; zeitlich fallen Erwerb und Berufung

---

* Inst. 2, 19 de heredum qualitate et differentia. Dig. 29, 2 de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. 6, 30 de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 6, 31 de repudianda vel abstinenda hereditate.

nicht immer auseinander. Regelmäßig allerdings; regelmäßig bedarf es zum Erwerbe der Erbschaft einer besonderen Willenserklärung des Berufenen (§ 596 fg.)[2]. Aber ausnahmsweise gibt es Personen, welche ohne eine solche Willenserklärung sofort mit der Berufung die Erbschaft auch erworben haben (§ 595). —

Das Recht die Erbschaft zu erwerben ist im Princip ein persönliches des Berufenen. Aber dieses Princip ist im römischen Recht nicht undurchbrochen geblieben; in einer Reihe von Fällen gestattet das römische Recht aus der Berufung des Einen den Erwerb der Erbschaft einem Andern (§ 600 fg.). —

Welches ist der eigentliche Gegenstand des Erwerbes? Eine besondere Erörterung macht hierbei der Fall nöthig, wo mehrere Erben berufen sind (Lehre von Anwachsungsrecht). Darüber § 602 fg.

I. Erwerb durch die Berufung selbst*.

§ 595.

Die Personen, welche die Erbschaft durch die Berufung selbst (natürlich Wirksamkeit derselben vorausgesetzt) ohne Weiteres erwerben[1], sind die Descendenten des Erblassers, welche zur Zeit des Todes desselben in seiner Gewalt gestanden haben[2]. Dieß gilt ebensowohl

---

[1] A. M. Köppen System S. 253; wie mir scheint, ohne Grund. Warum § 594.
soll l. 151 D. 50, 16 (§ 530 [2]) gepreßt werden? Sie geht auf den gewöhnlichen Fall. Daß der Ausdruck delata hereditas vom suus heres ebenfalls gebraucht wird, leugnet auch Köppen nicht. Gegenwärtig hält übrigens Köppen diese Auffassung nicht mehr fest. S. Lehrbuch S. 196. Vgl. noch Mommsen röm. Staatsr. I. S. 476 fg. [3. Aufl. S. 578 fg.]

[2] Dieß gilt in gleicher Weise auch für den Vertragserben, welcher ja durch den Erbvertrag nicht die Erbschaft erhält, sondern nur die Berufung zur Erbschaft. Beseler Erbverträge II. 1 S. 270 fg., Hartmann Erbverträge S. 61. Sf. XXII. 248, RG. IV S. 172) . [Steinlechner (§ 531 *) faßt seiner Grundanschauung gemäß (s. § 531 [16 a. E.]), den Erbschaftsantritt als Ratihabition der einseitigen Erbesberufung von Seiten des Berufenen auf (s. bes. I § 39 fg.)]

* Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 289—396. Arndts RLex. IV. S. 7. 8. Vering S. 478 fg. Köppen Lehrbuch § 31.

[1] Die römische Bezeichnung für diese Personen ist: necessarii heredes. § 595.
Diese Bezeichnung geht nur auf die eine der beiden Seiten, welche das Verhältniß dieser Personen darbietet: allerdings sind sie Erben gegen ihren Willen, aber ebenso wahr ist es, daß sie Erben sind ohne ihren Willen (daß sie eine Erbschaft, welche sie haben möchten, erworben haben ohne irgend welche von ihnen ausgehende Thätigkeit).

[2] Als necessarii heredes werden in den Quellen (außer dem eingesetzten Sclaven) die sui heredes bezeichnet. Pr. § 1. 2 I. 2, 19, § 2 I. 3, 1, l. 14 D. 38, 16. Genau ist dieß nicht (s. über den Begriff der sui heredes § 576 [1 fg.]);

für die testamentarische, wie für die Intestatberufung[3]. Die bezeichneten Personen brauchen aber die Erbschaft, wenn sie dieselbe nicht haben wollen, nicht zu behalten; sie können sich derselben entschlagen[4]. Eines besonderen Erwerbes dieses Entschlagungsrechtes bedarf es nicht; es steht den Descendenten in der Gewalt an und für sich zu[5]. Macht ein Descendent von diesem Recht Gebrauch, so wird er rechtlich behandelt, als wenn er gar nicht Erbe geworden wäre[6], zu seinem

---

denn auch derjenige Descendent ist necessarius heres, welcher zur Zeit des Anfalls der Erbschaft zwar nicht unmittelbar in der Gewalt des Erblassers gestanden hat, dessen vorstehender Ascendent aber gültig ausgeschlossen ist, l. 6 § 5. 6 D. 29, 2, l. 13 D. 38, 2. Vgl. hierzu v. Löhr AcPra. II S. 198 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 140 fg., Arndts S. 7. 8. — Vgl. l. 11 D. 28, 2. „In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo heredes existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur . .“. Gai. II, 157, § 2 I. 2, 19. Ueber eine Ausdehnung des nothwendigen Erwerbes bei der Pupillarsubstitution s. § 559 [20]. Ueber die in den citirten Stellen enthaltene Idee oder Vorstellung eines Familieneigenthums vgl. einerseits Brinz 1. Aufl. S. 1172—1178. 2. Aufl. III S. 42—44, Pernice Labeo I S. 110, Schirmer Sav.-ZS. II S. 164; andererseits Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 10—28, Hölder Sav.-ZS. III S. 211 fg., Hofmann kr. Studien im röm. R. S. 209 fg.

[3] Vgl. noch l. 3 C. 6, 30. — Der Erblasser kann aber dem eingesetzten Descendenten in der Gewalt die Qualität eines necessarius heres dadurch nehmen, daß er ihn unter der Bedingung des Wollens einsetzt, l. 87 [86] D. 28, 5, l. 12 D. 28, 7, l. 5 D. 35, 1, l. 11 D. 29, 2.

[4] § 2. I. 2, 19: — sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona . . a creditoribus possideantur“. Das r. R. hat also in seiner späteren Entwickelung gerade diejenige Seite des necessarius heres fallen lassen, von welcher seine Bezeichnung hergenommen ist. — Literatur des ius (beneficium) abstinendi: Witte RLex. I S. 856 fg. (1839), Mühlenbruch XLII S. 325 fg. (1841); s. auch Laspeyres AcPra. XXI S. 99 fg., Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandlungen S. 63 fg., Mühlenbruch XLIII S. 123 fg., Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 84 fg., Sintenis III § 202.

[5] L. 12 D. 29, 2. „Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati“. L. 1 C. 2, 39. Ebensowenig wie das Entschlagungsr. durch eine bestimmte Thätigkeit erworben zu werden braucht, ist seine Ausübung an eine gesetzliche Frist gebunden. Vgl. überhaupt Strippelmann Entscheidungen xc. V S. 352 fg. Sf. III. 77, XIII. 268 Nr. 2. Das Entschlagungsr. bringt also den necessarius heres materiell in die Lage eines voluntarius heres, l. 89 D. 30, und so kann auch er, wie dieser durch den Richter angehalten werden, sich binnen einer bestimmten Frist über Annahme oder Ausschlagung zu erklären, l. 7 pr. l. 8 D. 28, 8, l. 19 C. 6, 30.

Vortheil[7] wie zu seinem Nachtheil[8]. Auch das fernere Schicksal der Erbschaft wird in gleicher Weise bestimmt, als wenn er nicht Erbe geworden wäre[9]; nur das Anwachsungsrecht erleidet die Modification, daß der Miterbe, wenn er den anwachsenden Erbtheil nicht nehmen will, auch auf den seinigen noch nachträglich verzichten kann[10]. Auch in anderen Beziehungen macht es sich praktisch geltend, daß der Entschlagungserbe Mehr ist, als ein einfacher Nichterbe[11]. So werden namentlich die Verfügungen, welche er über die Erbschaft in gutem Glauben getroffen hat, aufrecht erhalten[12]; ebenso bleibt aufrecht die Pupillarsubstitution, auch wenn er der einzige eingesetzte Erbe ist[13].

---

[6] Er hat nur noch „nudum nomen heredis“, l. 2 § 8 D. 38, 17, vgl. l. 6 § 2 D. 38, 2. L. 20 § 4 D. 29, 2: — „cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit . .“. L. 12 pr. D. 11, 1: — „hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco“. L. 89 D. 30.

[7] Daher haben namentlich die Erbschaftsgläubiger keinen Anspruch gegen ihn, und Schutz gegen diese bei überschuldeter Erbschaft ist der treibende Gedanke des ganzen Instituts. S. § 2 I. 2, 19 (4) und l. 57 pr. D. 29, 2: — „ut quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem“. L. 42 pr. l. 89 eod, l. 1 C. 6, 31. Ebenso fällt weg der Anspruch der Vermächtnißnehmer l. 12 D. 28, 6, l. 1 § 4 D. 36, 4. Freiheit von der Collationsverbindlichkeit: l. 8. 9 D. 37, 7. Wiederherstellung von Ren, welche durch das Erbewerden verloren gegangen sind: l. 87 § 1 D. 29, 2.

[8] So wenig die Erbschaftsansprüche gegen ihn zustehen, so wenig stehen sie ihm zu. L. 99 D. 29, 2. Ebenso werden die Re wiederhergestellt, von welchen er durch sein Erbewerden befreit worden ist, wofür sich zufälligerweise keine Beweisstelle findet. Was er nicht als Erbe hat, behält er, l. 6 pr. D. 11, 7, l. 9 pr. D. 37, 14, l. 17 § 22 D. 47, 10. S. noch l. 87—89 D. 30.

[9] Die Erbschaft fällt: a) an den Substituten, l. 44 D. 42, 1; b) an den Intestaterben bezw. den folgenden Intestaterben, l. 1 § 7 D. 29, 4, l. 6 C. 6, 58, l. 6 § 2 D. 38, 2, l. 2 § 8. 10 D. 38, 17. A. M. in Betreff des folgenden Intestaterben (an seine Stelle soll der Fiscus treten). Viele wegen l. 2 D. 38, 9, namentlich Witte S. 867 fg.; s. dagegen Mühlenbruch S. 369 fg., Köppen a. a. O. S. 200 [2]. — In diesen Zusammenhang gehört auch l. 17 D. 28, 3. „Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur“.

[10] L. 55. 56 D. 29, 2. Vgl. auch l. 81 [79] D. 36, 1. Dieses R. fällt aber weg, wenn der Miterbe angetreten hatte, da er von der Entschlagung wußte oder wissen mußte, l. 38 D. 29, 2. Ueber die Schlußworte der l. 55 cit. vgl. Mühlenbruch S. 366 [84], Schmidt S. 79 fg., Vangerow II § 494 Anm. Nr. 7. a.

[11] Vgl. l. 30 § 10 D. 40, 5: — „non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se“.

Das Entschlagungsrecht geht auf die Erben des Entschlagungserben über[14]. Verloren wird es durch eigennützige Beseitigung von Erbschaftssachen[15]; ferner durch jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen[16]. Andererseits kann auch die Entschlagungserklärung wieder zurückgenommen werden, jedoch nicht, wenn die Erbschaft bereits von den Gläubigern verkauft worden ist, und nur drei Jahre lang[17].

II. Erwerb durch Willenserklärung*.

A. Erfordernisse derselben.

1. Anwendung allgemeiner Grundsätze.

§ 596.

Die Erklärung des Berufenen, die Erbschaft haben zu wollen, bedarf zu ihrem rechtlichen Bestande keiner Annahme; sie ist eine ein-

[12] L. 44 D. 29, 2, l. 6 § 1 D. 42, 5; l. 90 D. 46, 3; l. 44 D. 42, 1. Ueber l. 6 § 2 D. 42, 5 und l. 24 D. 42, 8 s. § 463 [21].

[13] L. 2 § 1. l. 12 D. 28, 6, l. 41. l. 42 pr. D. 29, 2, l. 28 D. 42, 5. Ueber den Widerspruch zwischen l. 42 und l. 28 cit. s. § 559 [25]. — Ebenso wurden nach r. R. die Freilassungen aufrecht erhalten. L. 32 D. 40, 4, l. 22 § 2. l. 30 § 9. 10 D. 40, 5. Nicht aber auch Vermächtnisse, vgl. § 641 [3]. — S. noch l. 28 [27] § 3 D. 36, 1.

[14] L. 7 § 1 D. 29, 2 vgl. auch l. 19 init. C. 6, 30. In der genannten Pandektenstelle ist von dem Fall die Rede, wo der Erbe des Entschlagungserben wieder suus heres ist, und daher behaupten Manche, daß nur ein solcher Erbe das Entschlagungsr. in Betreff der dem Erblasser angefallenen Erbschaft habe. S. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. II S. 85 fg., Witte S. 860, Huschke a. a. O. S. 84 fg., Wieding die Transmission Justinian's S. 15 fg. 39 (welcher Letztere dem suus heres des suus ein Entschlagungsr. aus eigener Person zuschreibt); dagegen Vangerow ACPra. XXIV S. 158 fg., Mühlenbruch XLII S 350 fg., Sintenis III § 202 [15], Köppen a. a. O. S. 201 [3]. In der genannten Pandektenstelle wird ferner angenommen, daß der Entschlagungserbe gestorben sei, ohne von dem Anfall der Erbschaft erfahren zu haben: soll nicht wenigstens damit eine Beschränkung des Ueberganges des Entschlagungsr. bezeichnet sein? Dagegen sprechen die Schlußworte: „quia et patri eius idem tribueretur". Sie deuten an, daß der Gedankenzusammenhang in der Stelle dieser ist: hätte der Vater von dem Anfall der Erbschaft gewußt, so würde er das ihm zustehende Entschlagungsr. selbst geltend gemacht haben, das ihm zustehende R. soll auch seinen Erben gestattet sein. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 345 fg., Sintenis a. a. O.

[15] L. 71 § 3—9 D. 29, 2.

[16] Wie bei dem freiwilligen Erben von pro herede gerere, so wird hier von se immiscere hereditati gesprochen; der Begriff ist derselbe. § 5 I. 2, 19, l. 87 pr. l. 20 § 4 D. 29, 2, vgl. auch l. 91 D. 29, 2. Geschlechtsunreifen schadet die Einmischung nicht, l. 11. 57 pr. D. 29, 2, Minderjährige bedürfen der Restitution, § 5 I. 2, 19, l. 7 § 5 D. 4, 4, l. 57 § 1 D. 29, 2. — Den

seitige Willenserklärung[1]. Die gewöhnliche Bezeichnung für sie ist: Antritt der Erbschaft[1a]. Die Erfordernisse ihrer Gültigkeit bestimmen sich zunächst nach den für Willenserklärungen überhaupt geltenden Grundsätzen, über deren Anwendung hier Folgendes zu bemerken ist.

1. Die Erbschaftsantretung Unerwachsener ist ohne die Mitwirkung bez. Zustimmung ihres Vormundes nichtig nicht nur wenn sie geschlechtsunreif[2], sondern auch wenn sie bloß minderjährig[3] sind. Des Anspruchs auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gehen Unerwachsene durch die Unterstützung ihres Vormundes hier so wenig wie sonst verlustig. Verschwender bedürfen der Zustimmung ihres Vormundes nicht[4]. — Daß der Berufene unter väterlicher Gewalt

---

Beweis der Einmischung müssen diejenigen führen, welche dieselbe behaupten. Sie können sich nicht darauf berufen, daß der Gegner doch an und für sich Erbe sei, weil das Entschlagungsr. an keine Form und Frist gebunden ist ([5]). Vgl. Mühlenbruch S. 392 fg., Strippelmann Entscheidungen rc. V S. 383 fg., Köppen a. a. O. S. 198 [5]. Sf. III. 78, VI. 230. XV. 36.

[17] L. 12 pr. D. 11, 1, l. 8 D. 28, 8, l. 6 C. 6, 31. Minderjährigen laufen die drei Jahre erst von dem Ende der Restitutionsfrist an, l. 6 C. cit.

* Mühlenbruch XLII S. 396 fg. Arndts RLex. IV S. 8—17. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 125 fg. System S. 331 fg. Lehrbuch S. 94 fg. Mayer § 116—120. Vering S. 483 fg. Köppen handelt von dem Erwerb und der Ausschlagung der Erbschaft unter dem Gesichtspunkt der „Ausübung des Erbr." (Lehrbuch: „der Erbberechtigung") (vgl. § 536 [a]).

[1] Sf. III. 75. § 596.

[1a] Dieser Ausdruck ist eine unmittelbare Wiedergabe des quellenmäßigen Ausdruckes: aditio hereditatis.

[2] L. 8 pr. l. 9 D. 29, 2, l. 9 § 3 D. 26, 8, l. 17 § 1 D. 49, 1, l. 5 C. 6, 30; l. 7 § 1 D. 37, 1, l. 7 C. 6, 9. L. 9 § 3 D. cit. „Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum". Also: es kommt nicht darauf an, ob im gegebenen Fall die Erbschaft Schaden bringt; sondern entscheidend ist, daß sie Schaden bringen kann.

[3] L. 26 C. 5, 37. Gegen diese Stelle kann l. 12 C. 6, 30, welche einen ganz andern Gesichtspunkt verfolgt, nicht aufkommen. Es liegt hier also eine Ausnahme von der Regel vor, vgl. I § 71 [8 a. E.], Mühlenbruch S. 439 fg., Köppen System S. 409. Lehrbuch S. 125, A. M. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. II S. 420 fg., Rudorff R. der Vormundschaft II S. 286; vermittelnd Arndts S. 12. Vgl. auch Huschke ZS. f. RGesch. XIII S. 346.

[4] L. 5 § 1 D. 29, 2. „Eum, cui lege bonis interdicitur, institutum posse adire hereditatem constat". Die Eigenschaft, wegen deren Verschwender interdicirt werden, bietet gerade bei der Entscheidung über Antritt oder Nichtantritt einer Erbschaft geringere Gefahr dar. A. M. mit Aelteren Mühlenbruch S. 432, welcher glaubt, daß die genannte Stelle nur den Gegensatz des Verschwenders gegen den Wahnsinnigen betonen wolle; ferner Arndts S. 12, Köppen System S. 410, Lehrbuch S. 126, Leist Fortſ. von Glück Serie der Bücher 37. 38 III S. 68. Wie hier, Sintenis § 183 [11 a. E.]. — Daß

steht, ist nach neuestem Rechte für ihn kein Hinderniß selbständigen Erbschaftserwerbes mehr[5]. Ist der unter väterlicher Gewalt Stehende noch minderjährig, so ist der Mangel des väterlichen Consenses nicht Nichtigkeits-, sondern nur Anfechtungsgrund[5a].

2. Einer Form bedarf die Antretung der Erbschaft nicht[6]. Deßwegen braucht auch die Erklärung des Annahmewillens nicht ausdrücklich zu geschehen; die Erbschaft ist gehörig angetreten, wenn ein Verhalten des Berufenen vorliegt, aus welchem mit Sicherheit auf den Annahmewillen geschlossen werden kann[7]. — Was das römische Recht Besonderes über die Form des Erwerbes der prätorischen Erbschaft enthält, ist, wenn nicht schon im Justinianischen Recht[8], so doch im heutigen Recht außer Geltung gekommen[9].

Wahnsinnige und Kinder bei ihrer vollständigen Handlungsunfähigkeit zum Erbschaftsantritt unfähig sind, versteht sich von selbst. L. 9. 63 D. 29, 2.

[5] So schon nach älterem R. in Betreff der castrensis hereditas, l. 5 D. 49, 17. In Betreff jeder andern Erbschaft mußte sich nach älterem Re der Wille des Hauskindes mit dem Willen des Gewalthabers verbinden. Gai. II, 87, l. 6 pr. § 1—3 D. 29, 2, l. 4 C. 6, 30. Vgl. Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 104 fg. Justinian bestimmte aber in l. 8 pr. § 3 C. 6, 61, daß weder die Weigerung des Gewalthabers dem Hauskinde, noch umgekehrt die Weigerung des Hauskindes dem Gewalthaber den Erbschaftsantritt unmöglich machen solle. Vgl. Arndts S. 12 fg., Köppen System S. 392 fg., ✓ Lehrbuch S. 124. — Was Klosterpersonen angeht vgl. Hellmann das gemeine Erbr. der Religiosen (München 1874) S. 86—112.

[5a] L. 8 § 1 i. f. C. 6, 61. Köppen Lehrbuch S. 122.

[6] — „extraneus heres . . potest . . nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri", § 7 I. 2, 19. L. 6 C. 6, 30: — „sola animi destinatione". Vgl. l. 95 D. 29, 2. — Anders im älteren R. bei der Einsetzung cum cretione. Gai. II, 164—166, Ulp. XXII, 24. 27. 28. Aber dieses R. war bereits vor Justinian außer Gebrauch gekommen, l. 17 C. 6, 30 (aus l. 8 C. Th. 8, 18).

[7] Pro herede gestio, eine besondere Art der hereditatis aditio. Doch wird auch die pro herede gestio der hereditatis aditio als dem ausdrücklichen Erbschaftsantritt entgegengesetzt, § 7 I. 2, 19, l. 25 § 7. l. 69 D. 29, 2, l. 19. l. 22 § 14 C. 6, 30. Nach einem noch andern Sprachgebrauch bezeichnet pro herede gestio den Gegensatz gegen die cretio, die förmliche Antrittserklärung des älteren R., so daß unter die pro herede gestio außer dem stillschweigenden auch der ausdrückliche formlose Erbschaftsantritt fällt. Vgl. z. B. Gai. II, 177, Ulp. XXII, 25, § 7 I. 2, 19, (*vv.* pro herede autem gerere quis videtur *cett.*), l. 7 C. 6, 30, auch l. 12 C. 6, 30, Mayer § 118[19], Arndts S. 9[59], Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 76 fg. Ueber die Sache s. § 7 I. 2, 19, l. 20. l. 21 pr. § 1. l. 24. l. 86 § 2. l. 87 pr. D. 29, 2, l. 62 D. 29, 2, l. 13 D. 28, 7, l. 1 § 1 D. 12, 4; l. 4 pr. l. 14 § 8 D. 11, 7. Vgl. Strippelmann Entscheidungen ꝛc. V S. 359 fg. Sf. III. 76, XVII. 69, XXXIV. 225; IX. 312, XI. 161, XIII. 268; XX. 74; XXVI. 142; XXXVIII 322, XLII. 43 (RG.) RG. VI S. 143 [Sf. LIII. 163.]

3. [10]Die Erbschaft kann auch durch einen Bevollmächtigten angetreten werden[11]; jedoch ist Spezialvollmacht erforderlich[12]. Was

---

[8] An die Stelle der alten petitio bonorum possessionis vor dem competenten Magistrat hat Constantius im Jahre 339 eine Erklärung vor irgend einer gerichtlichen Behörde gesetzt, l. 9 C. 6, 9, vgl. l. 7 § 3 C. 5, 70, § ult. I. 3, 9. Daß auch das Erforderniß der Gerichtlichkeit der Erklärung später weggefallen sei, sucht Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 126 fg. 257 fg. und Fortsetzung von Glück Serie der Bücher 37. 38 II S. 314 fg. nachzuweisen; dagegen Schirmer § 7 [48. 50].

[9] So namentlich Leist Bonorum possessio II. 2 S. 349 fg., besonders S. 413 fg., welchem folgen: Schirmer S. 103 fg., Köppen System S. 282 fg. 334 [9], Sintenis III § 193 [1], Arndts § 508 [1]. S. jetzt noch Leist Forts. von Glück II S. 344 fg. Anders freilich noch Sf. IX. 313.

[10] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch S. 400 fg., Arndts S. 16. 17, Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 309 fg. und Forts. von Glück II S. 163 fg. III S. 1 fg., Köppen System S. 385 fg., Lehrbuch S. 116 fg. Allenfalls noch Northoff APraktRW. N. F. II S. 1 fg. Bernhöft ZS. f. vergleichende RW. III S. 443 fg.

[11] Bereits das r. R. hat anerkannt, daß der Berufene durch einen Bevollmächtigten nicht nur in der Erklärung vertreten werden könne (l. 67 [65] § 3 D. 36, 1: „absentes per nuntium"), sondern, jedenfalls was die bonorum possessio angeht, auch im Willen. L. 48 D. 29, 2. „Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et . . ille petit . . acquisita est ei bonorum possessio". L. 3 § 7 D. 37, 1. „Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet cum ratum habuero id quod actum est". L. 15. 16 eod. Ob das Gleiche auch für die hereditatis aditio gegolten habe, ist bestritten; dawider Mühlenbruch a. a. O., Zimmermann stellvertretende neg. gestio S. 119 fg.; dafür Leist Bonorum possessio II. 2 S. 325 fg., Köppen S. 386 [8], Lehrbuch S. 118 [1], Sintenis § 183 [28], Hellmann Stellvertretung S. 105 fg., Bernhöft a. a. O. Nicht dawider spricht l. 90 pr. D. 29, 2, wo kein Grund vorhanden ist, die Lesart der Florentina „per curatorem" zu verlassen, oder das Wort curator anders als in seinem gewöhnlichen Sinne zu verstehen; nicht auch, was nie hätte verkannt werden sollen, l. 54 pr. D. 41, 1. Dagegen geht allerdings aus l. 67 [65] pr. D. 36, 1 hervor, daß hereditatis aditio im Namen eines Andern mit nachfolgender Genehmigung für unzulässig galt. Von der anderen Seite war doch wieder anerkannt, daß in der Erbittung der bonorum possessio auch eine pro herede gestio liege, l. 12 C. 6, 30; und s. auch l. 4 C. 6, 30. Jedenfalls wäre es bei der principiellen Anerkennung, welche das heutige R. im Gegensatz zum römischen der Stellvertretung im Willen hat zu Theil werden lassen (I § 73), sehr ungerechtfertigt, wenn man heutzutage nicht einen jeden Erbschaftserwerb durch einen Bevollmächtigten zulassen wollte. S. auch Arndts § 508 [2]. Sf. XI. 161, XV. 232, XXI. 243. — Nicht richtig ist es, zu sagen, wie Mühlenbruch S. 409 thut, ebenso Bernhöft a. a. O. S. 462, daß in der Ertheilung des Auftrages eine pro herede gestio liege. Leist Bonorum possessio II. 2 S. 326 fg., Arndts § 508 [2], Köppen System S. 388, Lehrbuch S. 119.

die Vertretung handlungsunfähiger Personen angeht, so hat das römische Recht anerkannt, daß für eine juristische Person deren verfassungsmäßige Vertreter[13], für ein Kind unter sieben Jahren sein väterlicher Ascendent (ohne Rücksicht auf Gewalt)[14] und sein Vormund[15], für einen Wahnsinnigen sein Gewalthaber[15a] die Erbschaft erwerben können; dagegen hat das römische Recht dem Vormund eines dem Kindesalter entwachsenen Geschlechtsunreifen nur den Erwerb der prätorischen, nicht der civilen Erbschaft[16], dem Vormund eines geschlechtsreifen Minderjährigen auch nicht den Erwerb der prätorischen Erbschaft[17], dem Vormund eines Wahnsinnigen nur den

[12] L. 25 § 5 D. 29, 2. „Sed utrum generaliter: *quaecunque tibi hereditas fuerit delata*, an specialiter? Et magis placet, ut G. Cassius scribit, specialiter debere mandare". Allerdings ist in dieser Stelle nicht von dem Auftrage, die Erbschaft in fremdem Namen anzutreten, die Rede, sondern von dem Auftrage, welchen ein Gewalthaber seinem Gewaltunterworfenen zum Antritt einer diesem anerfallenen Erbschaft ertheilt. Aber auch dieser Auftrag ist doch (nach dem Re der Zeit, zu welcher die Stelle geschrieben wurde) Mehr als Consens zu einer fremden Handlung, da die Vollziehung desselben den Gewalthaber unmittelbar zum Erben macht. Gai. II, 87, l. 79 D. 29, 2: s. auch l. 6 § 3 D. 29, 2, l. 4 C. 6, 30, l. 25 § 4 D. 29, 2. S. noch l. 1 § 2 D. 1, 19 („et hoc est *praecipuum* in procuratore Caesaris"). Strippelmann Entscheidungen rc. V S. 358, Köppen System S. 387, Lehrbuch S. 118, Dernburg III § 161 [11]. — Nicht aber braucht die Specialvollmacht einen eigenen Entschluß des Berufenen zu enthalten; sie kann die Entscheidung über Antritt oder Nichtantritt dem Bevollmächtigten überlassen. L. 48 D. 29, 2 ([11]), l. 25 § 9. 10 D. 29, 2. Noch weiter geht das Erk. des OT. zu Berlin bei Sf. XXI. 243. [Sf. XLIX. 28].

[13] L. 3 § 4 D. 37, 1, l. 6 § 4 D. 36, 1, l. 1 § 1 D. 38, 3.

[14] L. 18 pr. § 3 C. 6, 30. Vgl. § 601 [a]. Früheres R.: l. 7 § 2 D. 37, 1, l. 1 D. 37, 3, l. 3 C. 6, 9.

[15] L. 18 § 2 C. 6, 30. Früheres R.: l. 67 [65] § 3 i. f. D. 36, 1, l. 11 D. 26, 8, l. 7 § 2. l. 8. 11 D. 37, 1, l. 2 § 13 D. 38, 17, l. 3 C. 6, 9.

[15a] L. 7 pr. C. 5, 70.

[16] Für den dem Kindesalter entwachsenen Pupillen bestätigt l. 18 § 4 C. 6, 30 das frühere R., und s. einerseits l. 5 C. 6, 30 („Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere"), andererseits l. 7 § 2. l. 8. 11 D. 37, 1, l. 11 D. 26, 8 und l. 7 C. 6, 9. Diese letzteren Stellen nur von einem pupillus infans, oder nur von einem provisorischen Erwerb der bonorum possessio zu verstehen (vgl. Leist Bonorum possessio II. 2 S. 313 fg., Köppen System S. 406 fg.), halte ich für willkürlich. So jetzt auch Leist Forts. von Glück III S. 27.

[17] Das Gegentheil behauptet Leist Forts. von Glück III S. 32, ohne Beweis. In Betreff der civilen Erbschaft s. l. 90 pr. D. 29, 2: — „per curatorem hereditatem acquiri non posse".

provisorischen Erwerb der Erbschaft bis zur Wiedergenesung des Wahnsinnigen[18] gestattet. Für das heutige Recht darf die Vertretungsbefugniß, welche das römische Recht dem Vormund eines Geschlechtsunreifen in Betreff der prätorischen Erbschaft einräumt, auf die Erbschaft überhaupt erstreckt werden[18a]; im Uebrigen ist es bedenklich[18b], über die Bestimmungen des römischen Rechts hinauszugehen, da dieselben weniger auf einer Abneigung gegen die Stellvertretung überhaupt, welche ja hier im Princip als zulässig anerkannt ist, als auf einer Abneigung gegen die Anerkennung eines Erbschaftsantrittes ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen beruhen, also auf einem Grunde, welcher von der eigenthümlichen Natur gerade dieser besonderen Rechtshandlung hergenommen ist[19].

---

[18] L. 7 § 3. 7. 8 C. 5, 70. Aus dem früheren R.: l. 48 § 1 D. 31, l. 2 § 11. 13 D. 38, 17, l. 1 D. 37, 3; l. 11 D. 26, 8, l. 67 [65] § 3 i. f. D. 36, 1.

[18a] Da das r. R. in der Erbittung der bonorum possessio eine pro herede gestio sieht (l. 12 C. 6, 30), so hat es die Möglichkeit des Erwerbes der hereditas durch den tutor jedenfalls im Princip anerkannt. Vgl. Note [11].

[18b] Was die lex lata angeht. Im Uebrigen vgl. Leist Forts. von Glück III S. 74 fg., Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 92 Abs. 3.

[19] Vgl. § 397 [4. 5. 10] und Text dazu. — Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes bemerke man Folgendes. 1) Eine sehr verbreitete Meinung dehnt die Vertretungsbefugniß, welche das r. R. dem tutor impuberis zugesteht, auf den Altersvormund überhaupt aus. Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen II 2 S. 167. 168, Kraut Vormundschaft II S. 215, Leist Bonorum possessio II. S. 315. 323, Köppen System S. 410, Lehrbuch S. 125, Sintenis III § 183 [10 a. E.], Arndts § 508 [3], s. auch Mühlenbruch S. 442. 443. Sf. VII. 69, IX. 311, XIII. 100, XV. 233, XXIII. 42. Diese Meinung wird darauf gestützt, daß nach heutigem R. ein Unterschied zwischen dem tutor impuberis und dem curator minoris nicht mehr bestehe. Aber dieser Grund vermag sie nicht zu rechfertigen. Denn der Unterschied zwischen tutor und curator kommt hier überhaupt nicht in Betracht; sondern die römische Auffassung ist offenbar die, daß eine Erbschaftsantretung ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen nur da soll zugelassen werden, wo eine solche Willensbestimmung unmöglich ist, und wenn das r. R. diese Beschränkung, wie die Möglichkeit des Erwerbes der bonorum possessio durch den tutor impuberis zeigt, nicht unbedingt durchgeführt hat, so beweist auf der anderen Seite das Beispiel des Wahnsinnigen, daß ebensowenig jene Concession zur unbedingten Durchführung gelangt ist. 2) Die gleiche Befugniß, wie dem Vormund, wird auch dem Vater bis zur Großjährigkeit des Kindes eingeräumt. Köppen System S. 403, Lehrbuch S. 122, Leist Forts. von Glück III S. 17 fg., Sf. VII. 197, XXXVII. 228. 3) An der Bestimmung des r. R., daß der Vormund eines Wahnsinnigen für denselben die Erbschaft nicht definitiv erwerben könne, halten Doctrin und Praxis fest. Cropp a. a. O. S. 173, Mühlenbruch S. 460, Leist Bonorum possessio II. 2 S. 321, Köppen System S. 411 fg., Lehrbuch S. 127 fg., Brinz 2. Aufl. III S. 189. Sf. VI. 307, VII. 69, XV. 233, XXIX. 250,

4. Zwang zur Erbschaftsantretung begründet außer dem Entschädigungsanspruch gegen den Zwingenden auch einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[20], Betrug lediglich einen Entschädigungsanspruch gegen den Betrüger[21].

2. Besondere Vorschriften.

§ 597.

1. Die Erbschaft kann nicht im Voraus, vor der Berufung (dem Anfall), angetreten werden[1]. Dieß erleidet nur insofern eine Ausnahme, als eine Erbschaftsantretung, welche vor Wegfall eines vorgehend Berufenen gemacht wird, hinterher, wenn mit dem Wegfall des Vorberufenen die Berufung zu Gunsten des Antretenden eintritt, nicht wiederholt zu werden braucht[2].

RG. III S. 196. Vgl. Sf. XVII. 62. 67. Dawider Westrum Magaz. für d. R. der Gegenwart VIII S. 225 fg. Die abweichende Ansicht Vangerow's ACPra. XXX S. 1 fg. bezieht sich auf einen mehr formalen Punkt; Vangerow nimmt nämlich an, daß der Vormund für den Wahnsinnigen zwar definitiv erwerbe, daß dieser Erwerb sich aber wieder auflöse, wenn der Wahnsinnige vor der Genesung sterbe. Dagegen Fritz ZS. f. CR. u. Pr. NF. IV S. 157 fg., v. Löhr das. IV S. 252 fg., Leist Bonorum possessio II. 2 S. 320 fg. Forts. von Glück III S. 58, APraktRW. III S. 459 fg. 4) Daß die einem Verschollenen anerfallene Erbschaft durch seinen Curator (den nächsten Erben) erworben werden könne, ist früher in Deutschland vielfach behauptet worden, unter Nachwirkung des alten deutschen Princips, nach welchem die Erbschaft ohne alle Antretung erworben wurde (Bruns Jahrb. d. gem. R. I S. 173), und wird von Einzelnen noch gegenwärtig behauptet, hauptsächlich auf Grund des Satzes von der gleichen Stellung der Vormünder, so von Kraut Vormundsch. II S. 262 fg., Bruns a. a. O. S. 197. Sf. III. 346. Dagegen Cropp a. a. O. S. 168 fg., Mühlenbruch S. 462 fg., Sintenis III S. 492, Northoff APraktRW. N. F. II S. 1 fg. Uebrigens setzt die Frage die Begründetheit der Lebenspräsumtion (I § 53 [2]) voraus. Köppen System S. 444 fg., Lehrbuch S. 131 fg., Brinz 2. Aufl. III S. 190 fg. Vgl. auch Stobbe IV S. 541 fg. Sf. III. 185, V. 31, IX. 49, XV. 200 a. E., XXIII. 42, XXVII. 145. Vgl. noch Seuffert Pand. III § 566 [4c. 4d].

[20] L. 21 § 5 D. 4, 2, l. 85 D. 29, 2. L. 6 § 7 D. 29, 2 ist von einem simulirten Erbschaftsantritt zu verstehen. Vgl. I § 80 [3].

[21] L. 40 D. 4, 3. Vgl. I § 118 [6].

§ 597. [1] L. 21 § 2. l. 27 D. 29, 2, l. 13 pr. D. 29, 2, l. 12 C. 6, 30. [Nicht aber ist Antritt vor Eröffnung des Testamentes ausgeschlossen. Sf. XLVIII. 269.]

[2] L. 9 C. 6, 9. Da die Wiederholung der Erbschaftsantretung an und für sich keinerlei Schwierigkeit macht, so hat diese Bestimmung praktische Bedeutung nur für die Ausnahmefälle, wo aus besonderen Gründen eine solche Wiederholung unmöglich geworden ist, z. B. wegen Ablaufs der für die Antretung festgesetzten Frist. Vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 431. Von dem letzteren Fall

2. [3]Die Erbschaftsantretung ist ungültig, wenn der Antretende glaubt, daß sie unwirksam sei[4]; aber auch schon dann, wenn er an ihrer Wirksamkeit zweifelt[5]. Eine Ausnahme macht nur der Fall,

---

spricht die citirte Stelle speciell, und in Folge davon allein von dem Erwerbe der bonorum possessio; umsoweniger ist es gerechtfertigt, ihre Bestimmung auf die hereditatis aditio nicht ausdehnen zu wollen (Arndts § 507 Anm. 2, Dernburg III § 161 [4]). Unrichtig dagegen ist es, auf Grund dieser Stelle schlechthin zu lehren, daß eine Erbschaft vor Wegfall des Vorberufenen erworben werden könne; daraus würde folgen, daß auch der vorher eingetretene Tod des Nachberufenen nicht schade. Vgl. die Fassung der Stelle Bas. XL 1. 25. Köppen Lehrbuch S. 96 fg. Enneccerus Rgeschäft 2c. S. 270.

[3] Vgl. zu dieser und der folgenden Nummer: Mühlenbruch XLII S. 415 fg., Köppen Syst. S. 353—384 und Jahrb. f. Dogm. V S. 141—170. VI S. 307—317. Lehrbuch S. 106—116, Northoff das. S. 190 fg. und ZS. für CR. u. Pr. N. F. XXI S. 85 fg.

[4] L. 32 pr. D. 29, 2. „Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest". Vgl. l. 17 pr. D. 29, 2 L. 21 D. 35, 1: — condiciones . . quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse". L. 30 § 1—3. 5 D. 29, 2. L. 16 D. 29, 2: „qui se putat necessarium, voluntarius exsistere non potest". Vgl. l. 15 D. 29, 2. Bei der Erbschaftsantretung gilt also der Grundsatz: „plus est in opinione quam in veritate" (l. 15 cit.). während in anderen Fällen nach dem umgekehrten Grundsatz verfahren wird. S. z. B. l. 3 D. 40, 2 (Freilassung eines Sclaven, welchen der freilassende Herr für einen fremden Sclaven hält), § 11 I. 2, 20 (Vermächtniß einer Sache in gleichem Irrthum). Vgl. I § 172 [9]. Lotmar Festschr. f. Planck S. 59 fg.

[5] Er zweifelt z. B. an dem erfolgten Tod des Erblassers, l. 19 (vgl. l. 13 § 1) D. 29, 2, l. 4 C. 8, 50 [51]; an der Gültigkeit des Testamentes, in welchem er eingesetzt ist, l. 17 pr. l. 32 § 2. l. 34 pr. D. 29, 2, l. 12 D. 37, 10, l. 2 § 3 D. 38, 7, vgl. l. 46 D. 29, 2; ob er unter einer Bedingung eingesetzt sei oder nicht, ob diejenige, unter welcher er eingesetzt ist, erfüllt sei oder nicht, l. 32 § 1 D. 29, 2, l. 21 D. 35, 1, vgl. l. 34 § 1 D. 29, 2 und über l. 21 § 3 D. 29, 2 Note [7 a. E.]; ob eine Frau, die, wenn sie ein Kind gebiert, ein ihn ausschließendes gebären wird, schwanger sei oder nicht, vgl. l. 30 § 1—3 D. 29, 2. Ebenso muß die Antretung für ungültig erachtet werden, wenn der Antretende zweifelt, ob er voluntarius oder necessarius heres ist (vgl. Note [4]). — Stirbt aber der Berufene vor Beendigung seines Zweifels, so haben deßwegen seine Erben nicht verloren. S. § 600 [16]. — Northoff a. a. O. nimmt das Moment des Wissens des Berufenen von der Berufung (und dem Berufungsgrunde, s. die folg. Ziff.) in den Begriff der „Delation" auf; „Delation" sei die Wissenschaft des Erben von seinem Erbr. Das bedarf keiner Widerlegung. S. auch Arndts § 507 [1]. Doch wird es jetzt wieder vertheidigt von Göring Jahrb. f. Dogm. XV S. 153 fg. (namentlich wegen l. 84 D. 29, 2, „quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas"). Göring sieht den Grund des „rumpi potest" in der Ungewißheit des eingesetzten Erben über die Schwangerschaft der vom Erblasser hinterlassenen Ehefrau, während die Stelle es darauf stützt, daß die Ehefrau schwanger ist; wie aus dem folgenden Gegensatz „sed si vacuo ventre *cett*". unwiderleglich hervorgeht.

wo der Antretende über seiner Erwerbfähigkeit im Irrthum oder im Zweifel ist[6].

3. Die Erbschaftsantretung ist ungültig, wenn sie irrthümlich auf eine andere Berufung gerichtet ist, als diejenige, welche wirklich vorliegt[7]. Auch wenn der Antretende zweifelt, ob diese oder jene Berufung vorliegt, ist die Antretung nach strengem Recht ungültig[8], während nach einer milderen durch das prätorische Recht zur Geltung gebrachten Auffassung dieser Zweifel die Gültigkeit der Antretung nicht ausschließt[9].

4. Die Erbschaftsantretung verträgt nicht die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Befristung[10], und nicht die Hinzufügung einer Theilbeschränkung[11]. Jedoch macht nur die Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung die Erbschaftsantretung ungültig[12], während eine hinzugefügte Theilbeschränkung wirkungslos ist[13].

---

[6] L. 34 pr. l. 96 D. 29, 2, l. 21 D. 35, 1.

[7] Z. B. der eingesetzte Intestaterbe hält sich für nicht eingesetzt, oder der nicht eingesetzte für eingesetzt, l. 22 D. 29, 2. Vgl. l. 17 § 1 D. 29, 2. Auch dann ist die Erbschaftsantretung ungültig, wenn sie irrthümlich auf einen Erbtheil gerichtet ist, auf welchen die Berufung nicht erfolgt ist, l. 75 D. 29, 2; wogegen Ungewißheit über die Größe des Erbtheils, auf welchen der Antretende berufen ist, nicht schadet, l. 5 § 1 D. 5, 4, l. 21 § 3 D. 29, 2. Vgl. übrigens auch l. 93 pr. D. 29, 2 und Köppen System S. 373 fg. (Jahrb. f. Dogm. V S. 153 fg.). Ueber l. 21 § 3 cit. s. noch Mühlenbruch S. 422 fg., Köppen S. 363[27], Vangerow § 498 Anm. 1 a. E.

[8] § 7 I. 2, 19. l. 51 pr. D. 29, 2, l. 93 pr. D. 29, 2.

[9] L. 84 D. 29, 2, l. 4 § 3. l. 5 D. 37, 4. Köppen System S. 397 fg. (Jahrb. V S. 161 fg.)

[10] S. Note [12].

[11] L. 1 D. 29, 2. „Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.“ Vgl. l. 38 pr. D. 30. Dieß gilt auch für den Fall, wo Jemand auf mehrere Erbtheile eingesetzt ist. L. 80 pr. D. 29, 2. „Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne“. L. 2. l. 80 § 1 eod.. l. 20 C. 6, 30. Schwierigkeit macht hier l. 76 § 1 D. 29, 2. Die Schwierigkeit verschwindet, wenn man am Schluß der Stelle („in mea potestate sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare“), statt amittere liest omittere, und unter omittere nicht Ausschlagen versteht, sondern Nichtantreten. Dann sagt die Stelle nichts, als daß es gleichgültig sei, auf welchen Erbtheil die Antretung gerichtet werde, daß in der Antretung des einen der andere mit erworben werde ([13]). Vgl. über die verschiedenen Meinungen in Betreff dieser Stelle das akademische Programm von Leist Observationes ad fr. 76 § 1 D. de acquirenda vel omittenda hereditate, Jenae 1853, Vangerow ACPra. XXXVII S. 330 fg. und Lehrbuch § 451 Anm. 3 Nr. 2, Schlayer ACPra. LIII S. 53 fg. (§ 602 [6 a. E.]), Arndts 7. Aufl. und fg. § 517 [5], Wendt ACPra. LV S. 365 fg., Pietak das. LIX

B. Frist der Erwerbserklärung.

§ 598.

Eine gesetzliche Frist für die Antretung der Erbschaft, durch deren Ablauf der Berufene des Rechts zum Erwerbe verlustig ginge, gibt es nicht: was das römische Recht in dieser Beziehung für den Erwerb der prätorischen Erbschaft bestimmt hat[1], ist ebensowenig Bestandtheil des heutigen gemeinen Rechts geworden, wie es die Bestimmungen über die Form des Erwerbs der prätorischen Erbschaft geworden sind[2]. Dagegen kann

1) durch die Verfügung des Erblassers dem Berufenen das Recht zum Erwerbe der Erbschaft zeitlich in der Weise beschränkt werden, daß der Erblasser für den Fall des Nichtantritts binnen einer bestimmten Frist die Erbeseinsetzung zurücknimmt[3].

S. 9 fg., Mommsen in seiner Ausgabe ad. h. l., Amann die Berechnung der Falcidia ꝛc. S. 317 fg., Brinz 2. Aufl. III § 388 [15], Köppen Lehrbuch S. 100, Dernburg III § 161 [11]. Vgl. übrigens auch § 602 [6], ferner § 559 [21].

[12] L. 77 D. 50, 17, l. 51 § 2 D. 29, 2. S. I § 95 [3], und außerdem Mühlenbruch XLII S. 470 fg., Köppen System S. 345 fg., Enneccerus in der a. a. O. genannten Schrift S. 54 fg.

[13] S. § 602.

[1] Descendenten und Ascendenten müssen die bonorum possessio binnen eines Jahres, andere Erben binnen hundert Tagen erwerben, § 9 I. 3, 9. Ueber die civile Erbschaft s. Gai. II, 167. § 598.

[2] S. die Citate § 596 [9], Arndts § 509 [1]. — Auf l. 19 und l. 22 § 1 C. 6, 30 ist früher vielfach die Meinung gestützt worden, daß eine gesetzliche Frist (von 12 bez. 3 Monaten), für die Erklärung des Berufenen von Justinian neu eingeführt worden sei, welche Frist aber nicht durchweg für eine Antretungs-, sondern theilweise für eine Ausschlagungsfrist erklärt wurde, s. z. B. Thibaut Versuche II Nr. 7, Marezoll ACPra. VIII S. 268 fg., v. Buchholtz ZS. f. CR. u. Pr. X S. 386 fg., Muehlenbruch doctrina pandectarum ed. 3 § 695 not. 10. 13 und deutsche Ausgabe § 695 [1]. Seit den Ausführungen von Vangerow ACPra. XXII S. 151 fg. (1839) darf diese Meinung als beseitigt angesehen werden. Vgl. Mühlenbruch XLI S. 295 fg. und die Citate bei Vangerow Lehrb. II § 499. (In l. 22 § 1 cit. speciell ist nur der Gedanke ausgedrückt, daß der Berufene keines Inventars bedürfe, wenn er sich binnen 3 Monaten über Antritt oder Nichtantritt entscheide.) Sf. XXIII. 43.

[3] L. 72 D. 29, 2. Die besondere Ausbildung, welche das r. R. einer Erbeseinsetzung dieser Art in dem Institute der cretio gegeben hat, ist in das Justinianische R. nicht übergegangen. S. die Citate § 596 [6]. In früheren Auflagen [bis zur 5.] habe ich mit Anderen die l. 72 cit. von einer Einsetzung unter der aufschiebenden Bedingung des Antritts binnen bestimmter Frist verstanden. Dagegen mit Recht Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 134. (Die Stelle sprach ursprünglich von der cretio, vgl. Ulp. XXII, 34.)

2. Auch der Richter[4] kann dem Berufenen eine Antretungsfrist insofern setzen, als er befugt ist, auf Antrag der Gläubiger, der Vermächtnißnehmer, sowie der Nach- oder Mitberufenen den Berufenen zu einer Erklärung über Annahme oder Ausschlagung anzuhalten, dieser aber die verlangte Erklärung nicht sofort, sondern nur binnen einer billigen ihm zu gewährenden Ueberlegungsfrist abzugeben braucht[5]. Justinian hat in Betreff dieser Ueberlegungsfrist vorgeschrieben, daß sie vom Richter nicht über neun Monate, vom Landesherrn nicht über ein Jahr erstreckt werden solle[6], zugleich aber hat er ihre Natur vollständig geändert, indem er sie aus einer An-

[4] Vgl. zum Folgenden: Witte im RLex. I S. 887 fg. Mühlenbruch XLI S. 281 fg. Leist die Bonorum possessio II. 1 S. 319 fg. Sintenis III § 184 [4]. Dedekind das Deliberationsr. des Erben und die interrogationes in iure faciendae. Braunschweig 1870. (In dieser Schrift wird das R. der Deliberationsfrist als ein Theil des R. der interrogatio in iure dargestellt. Vgl. über dieselbe Pfaff kr. VJS. XIII S. 446—453, gegen dieselbe Zwilgmeyer in Bödiker's Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart V S 421 fg.) Ubbelohde ACPra. LXI S. 56 fg. Dernburg III § 164. [Beckmann das R. der Nachlaß-Gläubiger auf Erbeserklärung. Gött. Diss. 1894.]

[5] L. 9 C. 6, 30 — „Rector igitur aditus provinciae . . an heredes sint interrogare debebit ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet". L. 5 (vgl. l. 2. 3. 6 pr.) D. 11, 1. „Qui interrogatur, an heres . . sit . . ad deliberandum tempus impetrare debet." Vgl. l. 1 § 12 D. 38, 9: — „interrogandi sunt in iure". L. 1 § 1 D. 28, 8. „Ait praetor: Si tempus ad deliberandum petet, dabo". Gai. II, 167: — „liberum est, quocunque tempore voluerit, adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere". Klage auf Abgabe einer Erklärung? Dafür Köppen Lehrbuch S. 137 ob., Sf. XXXVI. 205; dagegen Zwilgmeyer a. a. O. — Daß der Richter auch auf Antrag der Vermächtnißnehmer den Erben zur Erklärung anhalten könne, ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, und so wird es geleugnet von Brinz 1. Aufl. S. 814 fg. 2. Aufl. III § 387 [6], Ubbelohde S. 59, Dernburg III § 164 [12]; aber s. dagegen Arndts § 509 Anm. 3, Dedekind S. 34 fg. Auch für die Nachberufenen wird es bestritten von Brinz 1. Aufl. S. 815 (149), Bruns Jahrb. d. gem. Rechts I S. 120 fg., Dedekind S. 37 fg., Ubbelohde a. a. O., Dernburg III § 164 [11]. Aber wenn auch l. 69 D. 29, 2 nur auf die Gläubiger zu beziehen sein mag (vgl. l. 10 D. 28, 8), so bleibt doch übrig die für einen analogen Fall allgemein redende l. 23 § 1 D. 28, 5, welche aus § 2 eod. („postulantibus creditoribus") zu erklären willkürlich erscheint. Andere (so Puchta § 498 [e]) wollen wenigstens andere Nachberufene, als Substituirte (von welchen l. 69 cit. allein redet), ausschließen; dagegen Leist a. a. O. II. 2 S. 461, Sintenis a. a. O. Was den Mitberufenen angeht, vgl. Dedekind S. 41 fg., Ubbelohde a. a. O., Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 328 fg. Ganz wie hier Köppen Lehrbuch S. 138. [Nur Erbschaftsgläubiger: Sf. LII. 87.]

tretungs- zu einer Ausschlagungsfrist gemacht hat; wenn der Berufene binnen derselben unthätig bleibt, so soll er nicht das Recht, die Erbschaft zu erwerben, sondern das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, verloren haben[7].

3. Von ganz besonderer Art ist die Bestimmung[8], daß der eingesetzte Erbe, dem ein Notherbe, welcher das Testament anfechten will, gegenübersteht, sich binnen einer sechsmonatlichen bez. einjährigen Frist[9] über Annahme oder Ausschlagung erklären muß, und nach Ablauf dieser Frist vom Richter zur Erklärung angehalten werden kann. In diesem Falle ist das Präjudiz darauf zu stellen, daß der Berufene bei Nichterklärung als ablehnend werde angesehen werden[10].

---

[6] Vgl. l. 9 C. 6, 30 (5): — „tempus . . moderatum" L. 1 § 2 D. 28, 8. „Cum dicit *tempus*, nec adicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat". L. 2 eod. „Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi". Die Justinianische Bestimmung in l. 22 § 13 C. 6, 30. In der l. 22 cit. eröffnete Justinian dem Erben einen Weg, durch dessen Beschreitung er sicher sein könne, nie Mehr an Schulden bezahlen zu müssen, als er in der Erbschaft vorgefunden habe, die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses: deßwegen, meint Justinian, sei ihm eigentlich eine Ueberlegungsfrist überhaupt nicht mehr nöthig.

[7] L. 22 § 14 C. 6, 30. Auch diese Bestimmung steht im Zusammenhang des Gedankens, daß der Berufene, wenn er kein Thor sei (Justinian drückt sich stark aus), einer Ueberlegungsfrist gar nicht bedürfe. Aelteres R.: Gai. II, 167, l. 69 D. H. 29, 2. — Vielfach wird übrigens angenommen, daß diese Bestimmung in dem Falle nicht Platz greife, wo die Frist auf Antrag der Nachberufenen gestellt sei (s. die Citate bei Mühlenbruch S. 391 und Sintenis a. a. O.); in diesem Falle verliere umgekehrt der Berufene durch Unthätigkeit während der Frist, wie im früheren R., die Befugniß zum Erwerbe. Dagegen Mühlenbruch S. 391 fg. In der That muß es als willkürlich erscheinen, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, welche Justinian selbst nicht gemacht hat. Justinian gründet seine Vorschrift nicht auf den Anlaß, welcher den Berufenen bestimmt hat, sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, sondern auf die Thatsache, daß er sie erbeten hat, statt sich, wie er gekonnt hätte, sofort zu entscheiden. Gewiß steht für Justinian's Auffassung der Fall, wo die Gläubiger drängen, im Vordergrund; aber daß er an den Fall nachstehender Berufenen doch auch gedacht hat, zeigt § 14 i. f. („vel his qui ad hereditatem vocantur"). S. noch Unger § 36 [14].

[8] L. 36 § 2 C. 3, 28.

[9] Je nachdem er und der Notherbe in derselben Provinz (demselben Obergerichtsbezirk) wohnen oder nicht.

[10] Justinian spricht sich hierüber nicht aus. Aber die l. 36 § 2 cit. ist früher als die l. 22 C. 6, 30, wenn auch nur um wenige Wochen, und steht daher noch unter der Herrschaft des älteren R. Doch sind die Meinungen über diesen Punkt sehr verschieden; s. die Citate § 584 [12].

C. Ausschlagung der Erbschaft.

§ 599.

Die Ausschlagung der Erbschaft[1] ist eine einseitige Willenserklärung, wie die Antretung. Die Ausschlagung ist dem Berufenen, wenn er nicht Erbe werden will, nicht nöthig, außer in dem Fall, wo er sich eine Ueberlegungsfrist hat geben lassen[2]. Abgesehen von diesem Fall ist vielmehr ihre rechtliche Bedeutung die, daß durch sie das Recht zum Erwerbe der Erbschaft verloren wird[3]. Für die Erfordernisse ihrer Gültigkeit gelten im Allgemeinen die gleichen Grundsätze, wie für die Erbschaftsantretung[3a]. Namentlich bedarf auch sie keiner Form[4]. Die Ausschlagung Unerwachsener ist nichtig ohne die Mitwirkung bez. Zustimmung ihrer Vormünder[5], und das Gleiche gilt hier auch für Verschwender[6]. Nicht nöthig ist die Zustimmung des Inhabers der väterlichen Gewalt[7]. Stellvertretung ist zulässig auf Grund einer Specialvollmacht[8], ebenso bei juristischen[9], nicht

§ 599. [1] Hereditatem repudiare, recusare, praetermittere, omittere. In genauerem Sprachgebrauch bezeichnen die beiden letzten Ausdrücke nicht sowohl Ausschlagung als Nichterwerbung der Erbschaft, s. z. B. l. 24 § 2 D. 4, 4, l. 1 § 4 D. 36, 4.

[2] S. § 598 [7].

[3] L. 4 C. 6, 31. „Sicut maior viginti quinque annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit". § 7 I. 2, 19, l. 1 § 6. 7 D. 38, 9.

[3a] Vgl. l. 18 D. 29, 2. „Is potest repudiare, qui et acquirere potest". L. 4 eod. „Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire".

[4] L. 95 D. 29, 2. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis iudicio voluntatis". § 7 I. 2, 19: — „nuda voluntate . . contraria destinatione". L. 6 pr. D. 36, 1: — „per epistolam". Stillschweigende Ausschlagung; l. 17 § 1. l. 60. l. 77 D. 29, 2.

[5] L. 5 C. 6, 31.

[6] In Betreff des Antritts mußte das Gegentheil behauptet werden wegen l. 5 § 1 D. 29, 2, s. § 596 [4]. Die Bestimmung dieser Stelle auf die Ausschlagung zu übertragen, ist trotz des allgemeinen Grundsatzes in l. 18 D. 29, 2 (Note [3a]) bedenklich. — Bedürfen bevormundete Personen des Consenses der obervormundschaftlichen Behörde? Dawider die herrschende Meinung, weil in der Ausschlagung der Erbschaft keine Veräußerung liege, vgl. Glück XXXIII S. 9, Rudorff Vormundschaft II S. 401. 410, Sf. XIII. 100 und oben § 441 [6]; dafür Köppen System S. 260. 410 auf Grund von l. 5 § 8 D. 27, 9. Sf. XVIII. 148.

[7] Der Vater kann aber die vom Hauskinde ausgeschlagene Erbschaft für sich erwerben, l. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61.: Aelteres R. l. 13 § 3 D. 29, 2, l. 11 C. 6, 30, und s. § 596 [5]. Ist der unter väterlicher Gewalt Stehende noch minderjährig, so ist auch hier der Mangel des väterlichen Consenses nicht Nichtigkeits-, sondern nur Anfechtungsgrund. L. 8 § 1 i. f. cit.

aber bei bevormundeten Personen[10]. Nichtig ist die Ausschlagung vor dem Anfall[11]; nichtig ist die Ausschlagung ferner, wenn der Ausschlagende nicht an ihre Wirksamkeit glaubt[12], oder ihre Wirksamkeit bezweifelt[13]; ebenso, wenn sie auf eine andere Berufung gerichtet ist, als die wirklich vorliegende[14]. Endlich verträgt die Ausschlagung so wenig wie die Antretung den Zusatz einer Bedingung oder Befristung[15].

---

[8] L. 1 § 2 D. 38, 9 und f. § 596 [11. 12].

[9] L. 6 § 4 D. 36, 1, vgl. § 596 [13].

[10] Entscheidend ist hier l. 8 § 6 C. 6, 61. Nach dieser Stelle kann der infans die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vater einfach als nicht geschehen betrachten. „Licentiam damus ei, vel, si sui iuris efficiatur, tutoribus eius vel curatoribus, hereditatem adire, nullo praeiudicio ex recusatione paterna ei generando". Es wäre willkürlich, wenn man diesen Worten den Sinn geben wollte, daß der infans erst in integrum restitutio erbitten müsse. Die Uebertragung dieser Bestimmung auf den tutor infantis ist nach l. 18 pr. § 2 C. 6, 30 unbedenklich. Umsoweniger aber darf das Ausschlagungsr. dem tutor impuberis gegeben werden, welcher ja den Mündel selbst kann handeln lassen. Der Vormund des geschlechtsreifen Minderjährigen hat auch das Erwerbr. nicht (§ 596 [17]). Das Gleiche gilt vom Vormund des Wahnsinnigen und s. l. 7 C. 5, 7. Das ältere R. zeigt hier widerstreitende Bestimmungen. S. l. 11 D. 26, 8, l. 7 § 2 D. 37, 1; l. 8 eod., l. 1 D. 37, 3, l. 1 § 4. 5 D. 38, 9.

[11] L. 13 pr. § 2 D. 29, 2, l. 17 § 1 eod., l. 94 eod.

[12] L. 15 D. 29, 2. „Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare".

[13] L. 23 D. 29, 2. „In repudianda hereditate . . certus esse debet de suo iure is qui repudiat". L. 13 § 1 eod.

[14] L. 16 § 1 D. 29, 2: ein Intestaterbe, welcher zugleich eingesetzt ist, schlägt als Intestaterbe aus, nicht wissend, daß er eingesetzt ist. — „ad neutrum ei repudiatio nocebit neque ad testamentariam (sc. hereditatem), quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata". — Es kann aber in der Ausschlagung der einen Berufung zugleich eine Ausschlagung der anderen liegen, so wenn ein eingesetzter Erbe die Einsetzung kennend als Intestaterbe ausschlägt, l. 17 § 1 cit. (anderswenn er als Eingesetzter ausschlägt, l. 17 § 1 cit init.). Ebenso kann in dem Erwerbe aus der einen Berufung eine Ausschlagung der andern liegen, l. 77 D. 29, 2, l. 19 D. 5, 2. Schwierigkeit macht hier l. 97 D. 29, 2 (Paulus l. III. Decretorum.) „Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere. Pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse". Gewöhnlich nimmt man an, es sei an der Meinung des Paulus trotz der hier berichteten gegentheiligen kaiserlichen Entscheidung aus inneren Gründen festzuhalten, vgl. Mühlenbruch XXVIII S. 166 fg. XLIII S. 109 fg., Puchta Vorl. zu § 499, Bähr Anerkennung § 51 nach [6], Dedekind die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen S. 25 fg. Vereinigungsversuche: 1) Papinian habe den

III. Erwerb durch einen Andern als den Berufenen*.

A. Durch den Erben des Berufenen.

§ 600.

Das Recht aus der Berufung ist ein höchst persönliches Recht, welches auf die Erben nicht übergeht[1]; hiervon gibt es aber Ausnahmen[2].

Fall so aufgefaßt, daß der Eingesetzte die Ungültigkeit des zweiten Testamentes gekannt habe, Francke ACPra. XIV S. 202 fg.; 2) das zweite Testament sei ursprünglich gültig gewesen, Köppen System 355. Jahrb. f. Dogm. V S. 142; dagegen Arndts § 510[2]. Die Meinung Papinian's ist zu Grunde gelegt der Entscheidung des OAG. zu Jena bei Sf. V. 302, mit Berufung darauf, daß dem Ausschlagenden ein Rirrthum zur Last falle; für die Meinung des Paulus das. XXVII. 147.

[15] Köppen System S. 345 fg.

* Thibaut Versuche II Nr. 7 (1801). Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. II S. 54 fg. (1829). Steppes die Transmission der Erbschaft nach r. Re (1831). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 2 (1833). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 143—243 (1838). Heimbach im RLex. XI S. 511—535 (1857). Göring Jahrb. f. Dogm. XV S. 137—205 (1876 — ein gut geschriebener Aufsatz, aber mit theilweise recht eigenthümlichen Ansichten, wie namentlich daß den römischen Transmissionsfällen der Gedanke des Ipsojure-Erwerbes der Erbschaft zu Grunde liege). Grünhut's ZS. XIII S. 427 fg. (Verfasser ungenannt). Köppen Lehrbuch S. 160—177. Mayer § 113—115. Vering S. 502—511. Sintenis III § 204.

§ 600. [1] L. 7 C. 6, 30, l. un. § 5 C. 6, 51, l. 3 § 7 D. 37, 1, l. 4 C. 6, 9. L. un. § 5 cit. „Hereditatem . . nisi fuerit adita transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur".

[2] Man spricht in diesen Fällen von Transmission der Erbschaft; doch wird dieser Ausdruck auch wohl auf den Fall erstreckt, wo das R., statt des Berufenen zu erwerben, auf einen andern als seinen Erben übergeht. Vgl. Mühlenbruch S. 227 fg., Köppen System S. 402[31], Arndts § 512[4]. — Der Ausdruck transmissio hereditatis ist quellenmäßig, vgl. z. B. l. un. § 5 C. 6, 51 ([1]), l. 7 C. 6, 30: „manifestum . . est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admiserit [admitteret], defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere". Freilich hat dieser Ausdruck keine nothwendige Beziehung auf den hier vorliegenden Fall, und ist überhaupt kein technischer Ausdruck. Dieß zeigen schon die angeführten Stellen, wo der Ausdruck in gleicher Weise auch auf die erworbene Erbschaft bezogen wird. S. ferner Ulp. XXVI, 5; — „ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est"; l. 8 § 9 D. 5, 2: — „heres institutus . . omittit hereditatem . . ad substitutum transmittens"; l. 1 § 4 D. 48, 17: — „non esse locum mandatis, ut bona fisco vindicentur . . et bona eius ad successores transmittuntur", ebenso l. 29 C. 6, 23; transmittere actionem ad heredes, s. z. B. l. 36 § 1 D. 9, 2, l. 6 C. 5, 12. — Früher pflegte man außer den im Folgenden genannten Sätzen auch den Satz hierher zu stellen, daß die einem suus anerfallene Erbschaft auf seine Erben übergehe (s. g. transmissio ex capite suitatis). Es bedarf

1. Die weitest gehende Ausnahme ist durch Justinian eingeführt worden[3]. Diese Ausnahme geht so weit, daß sie im Grunde eine Aufhebung der bezeichneten Regel enthält, bloß mit Hinzufügung einer Zeitbeschränkung. Nach dieser Ausnahme nämlich können die Erben des Berufenen statt seiner die Erbschaft in allen Fällen erwerben, in welchen noch kein Jahr verflossen ist, seitdem der Berufene von der Berufung Kunde erhalten hatte[4]. Hatte der Berufene bei seinen Lebzeiten von der Berufung gar keine Kunde erhalten, so läuft das Jahr von seinem Tode[5]. War dem Berufenen eine An-

keiner Bemerkung, daß es sich in diesem Fall um keine unerworbene Erbschaft handelt. S. aber auch Brinz 1. Aufl. S. 821. 2. Aufl. III S. 160. — Der Anonymus bei Grünhut (*) kämpft dafür, daß in der Transmission nicht die Uebertragung eines vom Delaten erworbenen R. liege (characteristisch namentlich S. 449 unt.). Ich weiß nicht ob dieser Kampf nöthig war.

[3] In l. 19 C. 6, 30. S. g. transmissio Iustinianea. Vgl. über dieselbe außer den bei * Genannten noch: Vangerow ACPra. XXIV S. 153—195 (1841). Wieding die Transmission Justinian's (1859). S. auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 314 fg.

[4] „Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur“. Wieding S. 56 fg. 74 fg. will die einjährige Frist nicht a die scientiae, sondern von der Zeit der Berufung berechnet wissen. Wieding steht hier, wie in seiner ganzen Schrift, unter dem Eindruck der Vorstellung, daß für die von Justinian eingeführte Transmission in allen Stücken das gleiche R. gelten müsse, wie für die Transmission des beneficium abstinendi des suus, da Justinian selbst sage, daß er das für den Erben des suus Geltende auf die Erben anderer Personen übertragen wolle. Aber auch abgesehen davon, daß aus dieser Aeußerung Justinian's keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß er das R. des suus einfach habe copiren wollen, abgesehen ferner davon, daß dem Erben des suus eine Frist nicht gesetzt war, so daß ein Schluß aus dem Verhältniß desselben gerade in Betreff der hier vorliegenden Frage unmöglich ist (die Meinung Wieding's in dieser Beziehung s. S. 66): so ist es Wieding nicht gelungen, das ganz entscheidende Gewicht, welches die oben abgedruckten Worte gegen seine Meinung in die Wagschale legen, zu beseitigen. Für Wieding jedoch Brinz 2. Aufl. III S. 162.

[5] Von einem früheren Zeitpunkt an kann es nach dem in der vorigen Note Gesagten nicht laufen; von dem Zeitpunkt seines Todes an aber muß es laufen nach der allgemeinen Bestimmung, mit welcher Justinian die von ihm gewährte Rwohlthat in seiner Verfügung zuerst einführt: „praedictum beneficium in suam successionem transmittat, ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa“. Vgl. Vangerow S. 190. 191. [RG. XLI S. 181 fg.] — Freilich geht die herrschende Meinung dahin, daß Justinian's Verordnung für den Fall, wo der Berufene ohne Kenntniß von der Berufung gestorben ist, überhaupt nicht gelte — wobei aber im Einzelnen die Ansichten nach gerade entgegengesetzten Richtungen auseinandergehen, indem nämlich die

trittsfrist gesetzt, so tritt diese an die Stelle des Jahres, wenn sie kürzer, nicht, wenn sie länger ist[6].

Einen meinen, daß in dem bezeichneten Fall den Erben des Berufenen gar nicht, die Andern, daß ihnen gemäß des R., welches Justinian vorgefunden habe, unbedingt geholfen werde. Aber die letztere Meinung ist unhaltbar, s. Vangerow S. 180 fg. und unten Note [20]; den Vertheidigern der ersten Meinung ist entgegenzuhalten, was in aller Welt Justinian bewogen haben könnte, die Erben des Berufenen für den Fall seines Nichtwissens schlechter zu stellen, als für den Fall seines Wissens, wo man doch gerade das Gegentheil erwarten sollte? Es wird nun allerdings von der Gegenseite geltend gemacht, daß Justinian von einem Berufenen rede, der, wenn er nicht „deliberationem meruerit", doch „deliberare videatur", was von einem Nichtwissenden nicht gesagt werden könne; ferner, daß Justinian den Fall des Wissens von der Berufung ausdrücklich nenne. Aber was das erste Argument betrifft, so ist es jedenfalls nicht unmöglich, Justinian's Worte so auszulegen, daß durch sie nichts bezeichnet werden soll, als der Gegensatz gegen den Fall, wo der Berufene über Erwerb oder Ausschlagung der Erbschaft eine Erklärung abgegeben hat: und wenn Justinian den Fall des Wissens von der Berufung ausdrücklich hervorhebt, so thut er dieß doch erst, nachdem er die Transmission ohne alle Unterscheidung, bloß unter Hinzufügung der Jahresgrenze, angeordnet hat. In welchem Sinne er nun nach dieser allgemeinen Vorschrift, mit welcher er das, was er wollte, vollständig ausgesprochen hatte, und mit welcher er füglich hätte schließen können, auf den Fall des Wissens von der Berufung noch besonders eingeht, ohne den Fall des Nichtwissens zu erwähnen, ist allerdings nicht leicht zu sagen; vgl. Vangerow S. 189 fg., Wieding S. 71 fg. Ich für meinen Theil finde geringere Schwierigkeit in der Annahme, daß Justinian an den (jedenfalls nicht gewöhnlichen) Fall des Nichtwissens gar nicht gedacht habe, als in der Annahme, daß er den Erben des Berufenen die ihnen gewährte Rwohlthat gerade für den Fall habe entziehen wollen, wo dieselbe den meisten Grund hat. So läßt denn auch Nov. 158 die Justinianische Transmission in einem Falle eintreten, wo der Berufene als infans gestorben war. Allerdings berechnet andererseits diese Novelle die Transmissionsfrist von der Zeit der Berufung, nicht von der Zeit des Todes des Berufenen. Da sie nicht glossirt ist, so kann das Letztere einen Widerspruch gegen die unzweifelhafte Vorschrift der l. 19 C. 6, 30 nicht begründen, während das Erstere zum Zweck der Feststellung des zweifelhaften Sinnes Justinian's immerhin geeignet erscheint. — Gegen die herrschende Meinung haben sich erklärt Vangerow S. 178 fg. und namentlich Wieding (der aber darin von Vangerow abweicht, daß er auch hier die Frist von der Zeit der Berufung an berechnet wissen will), neuerdings auch Brinz 2. Aufl. III S. 161 (entgegen der 1. Aufl. S. 822 fg.); für die herrschende Meinung neuerdings Mühlenbruch a. a. O., Sintenis § 204 Anm. 3, E. A. Seuffert in seines Vaters Lehrbuch § 574 [8], Köppen Lehrbuch S. 171. Auch die Erkenntnisse bei Sf. XIII. 46, XIV. 242, XVI. 125, XIX. 245, XXVII. 147 halten an der gemeinen Meinung fest, oder stehen doch auf dem Boden derselben. Dernburg III § 166, 3: die einjährige Frist läuft dem Erben von der Zeit, wo er von der Berufung Kenntniß erlangt hat.

[6] Das Letztere ist bestritten; aber Justinian's Bestimmung: „ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa" bezieht sich auf alle im Vorhergehenden genannten Fälle, also auch für den Fall „si deliberationem

2. Eine zweite Ausnahme[7] hat sehr engbegrenzte Voraussetzungen. Sie bezieht sich auf den Fall, wo Descendenten eingesetzt sind, und vor der Eröffnung des Testamentes gestorben sind[8]; in diesem Falle kann die von ihnen nicht erworbene Erbschaft zwar

---

meruerit". Vgl. Mühlenbruch XLI S. 322 fg., Vangerow S. 170, Wieding S. 63 fg. — Ueber und gegen die Meinung, daß im Falle einer vom Erblasser gesetzten Antretungsfrist die Transmission wegfalle, s. Vangerow S. 194 fg., Mühlenbruch XLI S. 326. XLIII S. 224. Anders ist es natürlich, wenn der Eingesetzte für den Fall der Nichteinhaltung der Frist enterbt worden ist (l. 72 D. 29, 2). Vangerow S. 195, Wieding S. 63, und vgl. oben § 598 [3].

[7] S. g. transmissio Theodosiana, beruhend auf einem Gesetze Theodosius II. (und Valentinian III.), welches im Justinianischen Codex als l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt 6, 52 steht. S. auch l. un. § 5 C. 6, 51. Von diesem Transmissionsfall handeln außer den bei * Genannten: F. A. Niemeyer de transmissione Theodosiana (1812). v. Löhr ACPra. II S. 192 fg. (1819). Löbenstern ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 198 fg. (1836). Vangerow ACPra. XXV S. 439—492 (1842). v. Löhr ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 105 fg. (1850). Huschke daselbst N. F. IX S. 53 fg. (1851). [Webler zur Lehre von der s. g. transmissio Theodosiana. Erl. Diss. 1891.] ✓

[8] — „et ante apertas tabulas defuncti". S. auch die Rubrik des Titels ([7]). Dieses Erforderniß ist auffallend, erklärt sich aber aus dem geschichtlichen Zusammenhang des Gesetzes. Nach dem R. der lex Iulia und Papia Poppaea nämlich fielen die Erbportion eines eingesetzten Theilerben und Vermächtnisse, wenn der Bedachte vor Eröffnung des Testamentes starb, an den Fiscus (Ulp. XVII, 1. 2, vgl. l. 1 § 4 D. 22, 6, l. 21 i. f. D. 35, 1, l. 3 C. 6, 30); dieß wollte Theodosius II. zu Gunsten der Descendenten aufheben (im Gesetz ist ausdrücklich auch von Vermächtnissen die Rede). Im Justinianischen R. gilt zwar der bezeichnete Satz nicht mehr, und so hätte also Justinian, wenn er das Theodosische Gesetz überhaupt aufnehmen wollte, dieses Erforderniß fallen lassen sollen: aber er hat es eben nicht gethan, ja er hat in demselben Gesetz, in welchem er jenen Satz aufgehoben hat (l. un. C. 6, 51), das Erforderniß des Todes vor eröffnetem Testament ausdrücklich bestätigt (§ 5 leg. cit.). Vgl. übrigens auch Köppen Lehrb. S. 165. — Doch ist dieser geschichtliche Zusammenhang und damit auch die Geltung des bezeichneten Erfordernisses nicht unbestritten. Abweichender Meinung sind namentlich v. Löhr, dem Marezoll S. 61. 63 und Sintenis § 204 [9] folgen, und Huschke. Nach v. Löhr hat das Gesetz eine stillschweigende Substitution des ferneren Descendenten anordnen wollen; nach Huschke ist die Grundidee des Gesetzes die Fiction, daß der eingesetzte Descendent sofort nach dem Tode des Erblassers erworben habe. Ohne Bestreitung des bezeichneten geschichtlichen Zusammenhanges leugnet das Erforderniß Puchta § 503, Dernburg III § 166 [10]. v. Löhr zieht aus seiner Idee noch die Consequenz, daß das Gesetz auch dann Platz greife, wenn der Eingesetzte vor dem Erblasser gestorben sei. Für die hier vertretene Ansicht s. namentlich Vangerow S. 443—470, ferner Steppes S. 42—44, Löbenstern a. a. O., Mühlenbruch S. 211 fg., Mayer § 114 [2. 5], Köppen Lehrb. S. 166. Sf. II. 311, V. 33, VI. 233, VII. 70, XV. 273.

nicht von anderen ihrer Erben, wohl aber von ihren Descendenten erworben werden[9.10]

3. Die dritte Ausnahme bezieht sich auf den Fall, wo der Grund, aus welchem der Berufene die Erbschaft nicht erworben hat, ein Wiedereinsetzungsgrund ist; in diesem Falle können seine Erben zum Erwerbe der von ihm nicht erworbenen Erbschaft auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gelangen[11]. Dieß gilt nicht bloß für den Fall, wo der Berufene durch seine Versäumung von dem Erwerbe der Erbschaft ausgeschlossen worden war[12], sondern auch für den Fall, wo er gestorben ist, ohne dieses Recht verloren zu haben[13]. Zwar ist das Letztere in den Quellen nicht in

---

[9] Auch das ist bestritten, ob die Transmission nur dann eintritt, wenn die Descendenten des Eingesetzten seine Erben geworden sind: dawider in Consequenz seiner Grundauffassung v. Löhr mit Sintenis, ferner Vangerow S. 472 fg., Puchta § 503. Ich halte die Sache nicht für unzweifelhaft; doch sprechen für die hier vertretene Ansicht: a) die Worte des Gesetzes „si tamen hereditatem non recusant", welche auf die transmittirte Erbschaft, welche unmittelbar vorher als „hereditaria portio" bezeichnet wird, zu beziehen, sprachlich hart ist; überdieß, welchen Sinn hat es, bei der Anordnung einer Transmission hinzuzufügen, daß die transmittirte Erbschaft auch abgelehnt werden könne? b) Wenn Justinian in l. un. § 5 C. 6, 51 sagt: „hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur", und dann als Ausnahme das Theodosische Gesetz bezeichnet, so ist es fast unmöglich, anders zu ergänzen, als „transmitti ad heredes", und so heißt es auch in § 13 eod. ausdrücklich: „cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime nisi quibusdam personis ad *heredes* transmitti disposuimus . .".

[10] Ist nicht auch das eine Voraussetzung der transmissio Theodosiana, daß der Eingesetzte nur auf einen Theil eingesetzt sei? Nach dem ursprünglichen Sinn des Theodosischen Gesetzes ist diese Frage unzweifelhaft zu bejahen. Der Wortlaut desselben aber, wie er in der Justinianischen Compilation vorliegt, macht, obgleich das Gesetz von einer Mehrheit der eingesetzten Erben und von einer transmittirten „hereditaria portio" spricht, die Bejahung nicht zur Nothwendigkeit. S. namentlich Vangerow S. 481. — Ueber andere in dieser Lehre verhandelte Streitfragen s. Vangerow S. 470 fg. 485 fg., Köppen Lehrbuch S. 166—168. — Ueber die Worte „licet non sint invicem instituti" vgl. Huschke S. 64, über die Worte: „nulla huiusmodi praescriptione obstante" dens. S. 55 fg.

[11] S. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

[12] In welchem Falle die Erben die dem Berufenen erworbene in integrum restitutio nach der Regel von der Vererblichkeit dieses Rmittels geltend machen. L. 1 C. 2, 50 [51]. „Si Valerianus . . ante vita decessit, quam [bonorum] possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est." S. auch l. 24 § 2 D. 4, 4.

dieser Allgemeinheit anerkannt, sondern, abgesehen von einem heutzutage nicht mehr praktischen Fall[14], nur für die Fälle, wo die Erbschaft wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten[15] oder wegen Ungewißheit der Berufung[16] nicht erworben worden ist: aber diese Entscheidungen sind der Ausdruck eines Princips[17]. Hiernach ist die Regel näher dahin zu stellen, daß die Erben des Berufenen im Wege

[13] In diesem Falle hat er keinen Nachtheil erlitten; in der Person seiner Erben aber, welche der Nachtheil trifft, ist kein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden. Das Irrationale einer solchen Wiedereinsetzung wird denn auch in l. 86 pr. D. 29, 2 ausdrücklich anerkannt; aber es wird darüber hinweggegangen mit Berufung auf ein Rescript von Antoninus Pius (vgl. l. 30 pr. D. 29, 2.)

[14] Das SC. Silanianum (10 n. Chr.) verbot die Eröffnung des Testamentes und den Antritt der Erbschaft eines gewaltsam ermordeten Erblassers, bevor die mit ihm unter demselben Dache befindlich gewesenen Sclaven zur Untersuchung (mit Anwendung der Folter) und zur Bestrafung gezogen worden seien, bei Strafe des Verlustes der Erbschaft an den Fiscus (l. 3 § 18. 29. l. 5 § 2 D. 29, 5). Aber wenn der Berufene vorher stirbt, „ad heredem suum utiles actiones transmitt(i)t“ (l. 3 § 30 eod.).

[15] L. 86 pr. D. 29, 2. Es ist ein starkes Stück, zu leugnen, wie Göring a. a. O. S. 144 fg. thut, daß diese Stelle eine in integrum restitutio gewähre („restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, — divum tamen Pium contra constituisse — restitutionem locum habere“).

[16] Die Quellen gewähren hier kein ganz reines Resultat. a) L. 12 D. 37, 10. „Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus vel ille, qui intestati bonorum possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit, quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante vel ob litem in dubio constituti?“ Die Stelle ist von Papinian. b) Nach l. 1 § 1 D. 38, 17 (Ulpian) soll den Erben des Berufenen geholfen werden (vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 166), wenn der Berufene gestorben ist im Zweifel darüber, ob der Erblasser beerbt werden könne. c) Andere Stellen dagegen, welche den Erben Hülfe gewähren, setzen den Fall voraus, daß der Berufene zweifelhaft war, ob er aus diesem oder jenem Grunde berufen sei, und beschränken theilweise die Hülfe auf den Theil, in welchem beide Berufungsgründe übereinstimmen. So l. 4 § 3. l. 5 D. 37, 4 (Julian und Paulus), vgl. l. 84 D. 29, 2; ferner l. 6 § 1. l. 42 § 3 D. 38, 2 (Ulpian und Papinian, mit Berufung auf ein Rescript vom Kaiser Marcus). d) In l. 3 § 30. 32 D. 29, 5 (Scaevola, Ulpian) wird im Fall einfachen Zweifels an der Berufung den Erben des Berufenen die Hülfe geradezu versagt (*vv.* veluti si praegnans uxor occisi fuit *vel etiam putabatur*). Eine historische Entwickelung läßt sich in diesen Entscheidungen nicht erkennen; aber man wird sagen dürfen, daß der überwiegende Zug des r. R. dahin gegangen sei, bei Ungewißheit der Berufung den Erben zu helfen. Für am wenigsten zulässig würde ich es halten, wenn man auf die Ziehung eines Endresultats ganz verzichten, und casuistisch bei den Entscheidungen der einzelnen Stellen stehen bleiben wollte. Vgl. auch Köppen System S. 366 fg.

der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[18] das Recht zum Erwerb einer ihm anerfallenen Erbschaft in allen Fällen erlangen können, in denen der Berufene an dem Erwerbe durch einen Grund gehindert worden ist, welcher nach dem Ermessen des Richters die Hülfe billig erscheinen läßt[19], mit Ausnahme des Falles des Irrthums[20].

4. Endlich gehört in gewisser Weise auch der Satz hierher, daß das Recht, ein Testament wegen Verletzung des Pflichttheils anzufechten, von dem verletzten Descendenten auf dessen Descendenten übergeht[21].

B. Durch andere Personen.

§ 601.

1. Die einem Kinde in der Gewalt anerfallene Erbschaft kann, wenn das Kind die Erbschaft ausschlägt, statt seiner vom Gewalthaber erworben werden[1].

---

[17] Dieß ist sehr bestritten, und freilich zweifelhaft genug. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Marezoll S. 62 fg., Steppes S. 59 fg., Brinz 1. Aufl. S. 824. 2. Aufl. III S. 163, Köppen Lehrbuch S. 162, Mayer Erbr. I S. 309 fg., Dernburg III § 166, 1, Mühlenbruch XLIII S. 157 fg., Vangerow ACPra. XXIV S. 180 fg., Sintenis S. 655 fg., Leist Fortſ. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 II S. 182 fg., Göring a. a. O. S. 144 fg., Schröder Jahrb. f. Dogm. XV S. 409 fg. Daß in den Quellenentscheidungen der Ausdruck eines Princips gefunden werden dürfe, bestreitet auch die (Göttinger) Diss. von A. Krause, die transmissio ex capite in integrum restitutionis (1882). S. über dieselbe kr. VJS. XXVII S. 597 fg. Sf. I. 267, XI. 162, XIV. 243, XXVI. 143, XXVII. 147.

[18] Auch das ist bestritten, ob in der That Erlangung der Wiedereinsetzung den Erben des Berufenen in allen hierher gehörigen Fällen nöthig sei, ob nicht das R. zum Erwerbe der Erbschaft unter Umständen ohne Weiteres auf sie übergehe. Vgl. Mühlenbruch S. 179 fg., Leist a. a. O. S. 193 fg., Schröder a. a. O. S. 435 fg. Allerdings sprechen die in Note [16] genannten Stellen von in integrum restitutio nicht; aber sie bezeichnen doch deutlich genug die zu gewährende Hülfe als eine außerordentliche, vorzugsweise als eine vom Prätor zu erlangende Hülfe.

[19] S. I § 119.

[20] S. I § 119 [16] und vgl. l. 7 C. 6, 30. Sf. XXVII. 147.

[21] L. 34 C. 3, 28, s. § 585 [9]. — In gewisser Weise: es wird vom Descendenten nicht die Thatsache geltend gemacht, daß sein Ascendent berufen worden sei, sondern die Thatsache, daß er berufen worden sein würde, wenn kein Testament errichtet worden wäre. Vgl. auch Göring a. a. O. S. 184 fg. — Daß der Descendent Erbe des Ascendenten geworden sein müsse, sagt die Stelle zwar nicht ausdrücklich, aber deutet es doch an „nec enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit". S. auch l. 36 § 2 C. 3, 28, wo entgegengesetzt wird „posteritas" und „extranei heredes".

§ 601. [1] S. g. transmissio ex iure patrio, welcher Ausdruck aber auch für den Fall unter Ziff. 2 gebraucht wird. Diese Transmission ist eine Anwendung des

2. Die einem Kinde unter sieben Jahren anerfallene Erbschaft fällt, wenn das Kind stirbt, ohne daß sein väterlicher Ascendent für dasselbe die Erbschaft erworben hat[2], an diesen ohne Rücksicht auf Gewalt[3].

3. Kann das Recht, eine anerfallene Erbschaft zu erwerben, auch durch Rechtsgeschäft auf einen Andern übertragen werden? Das römische Recht hat dieß anerkannt für die Intestat-, nicht für die testamentarische Erbschaft[4].

---

allgemeinen Grundsatzes, daß der Gewalthaber jeden vom Kinde in der Gewalt ausgeschlagenen Erwerb für sich machen kann. L. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61. Vgl. II § 516 [18], übrigens auch Brinz 2. Aufl. III § 389 [9].

[2] S. § 596 [14].

[3] S. g. transmissio ex capite infantiae (oder ex iure patrio, s. Note [1]). Dieselbe beruht auf l. 18 § 1. 3 C. 6, 30. „Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere“. Es liegt der Gedanke nahe, daß diese Bestimmung ihren Grund habe in dem damals (die Stelle ist vom Jahre 426 n. Chr.) noch geltenden R., nach welchem der (adventicische) Erwerb des Kindes in der Gewalt mit dem Tode desselben an den Vater iure peculii fiel, und daß sie mit diesem Re ihre Geltung verloren habe. So wirklich Köppen System S. 401 (vgl. Lehrbuch S. 175), s. auch Arndts § 513 [1]. Aber bei dieser Argumentation ist übersehen, daß nach § 3 der citirten Stelle der Vater ohne Gewalt das gleiche R. haben soll, wie der Vater mit Gewalt. „Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur“. Vgl. Mühlenbruch XLIII S. 199 fg., Leist Fortsetz. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 III S. 15. 16, Brinz 2. Aufl. III § 389 [12]. — Göring a. a. O. S. 169 fg. ist der Ansicht, daß im Sinne des Gesetzes auch die dem emancipirten Kinde deferirte Erbschaft an den Vater nicht als Vater, sondern vielmehr als Erben des Kindes falle. Dabei ist übersehen, daß das Gesetz nicht bloß vom Vater, sondern auch vom Großvater ꝛc. spricht, und s. l. 2 § 15 D. 38, 17. — Nicht gerechtfertigt ist es, dem Fall der Kindheit des Berufenen den Fall seiner Abwesenheit gleichzustellen (Mühlenbruch S. 200, Arndts § 513 a. E.). Man beruft sich dafür auf l. 30 pr. D. 29, 2, aber diese Stelle beruht in der That ganz auf dem früheren R. (dem R. des Erwerbes des Gewalthabers durch das gewaltunterworfene Kind), und hat mit diesem ihre Anwendbarkeit verloren. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 820.

[4] L. 4 § 28 D. 44, 4, Gai. II, 35—37. III, 85—87, Ulp. XIX, 13. 14. Die Stellen aus Gajus und Ulpian sprechen von in iure cessio hereditatis; in der Pandektenstelle, in welcher bloß von cessio die Rede ist, haben ohne Zweifel die Compilatoren „in iure“ gestrichen. Trotz der Aufnahme dieser Stelle in die Compilation (s. auch l. 6 D. 50, 17) ist es bestritten, daß die Veräußerung der unerworbenen Erbschaft im Justinianischen R. noch Geltung habe, s. im Besonderen Mühlenbruch S. 144 [65], Scheurl Beiträge I Nr. 2, Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 175 fg. System S. 324 fg. Lehrbuch S. 143 fg., Arndts § 512 [1], Brinz 1. Aufl. S. 818. 2. Aufl. III S. 157,

IV. Gegenstand des Erwerbes.

§ 602.

Der Gegenstand des Erwerbes ist immer die Erbschaft, auch wenn der Erwerbungswille nur auf einen Bruchtheil der Erbschaft gerichtet ist. Dieser an und für sich wahre Satz[1] ist vom römischen Rechte mit besonderer Energie erfaßt und ausgebildet worden. Anwendungen desselben sind folgende.

1. Eine der Erbschaftsantretung hinzugefügte Theilbeschränkung ist unwirksam; der Antretende wird trotz dieser Beschränkung Erbe, soweit er berufen ist[2].

2. Der durch mehrere Verfügungen des Erblassers auf verschiedene Erbtheile Berufene erwirbt durch die Antretung aus Einer Verfügung auch den durch die andere ihm zugewendeten Erbtheil[3].

✓ L. Avenarius der Erbschaftskauf im r. Re (Leipzig 1877) S. 16 fg. Ich kann die Gründe für diese Meinung, welche theilweise schon von Köppen widerlegt sind, nicht für zutreffend erachten. Köppen selbst beruft sich auf die Formlosigkeit des Uebertragungsactes nach Wegfall der in iure cessio; mir scheint das doch nur ein Grund de lege ferenda zu sein. Für die hier vertheidigte Ansicht Puchta § 503 und Rudorff das. Note c* (früher auch Köppen Erbschaft S. 94 fg.). Gegen dieselbe neuestens Bruns Syrisch-röm. Rbuch S. 245 fg. mit Berufung darauf, daß Gai. III, 85—87 in die Justinianischen Institutionen nicht aufgenommen sei. Dernburg III § 167. — Ueber den Grund der Beschränkung der Uebertragbarkeit auf die Intestaterbschaft vgl. Scheurl Beiträge I S. 96, Pernice Labeo I S. 341, Kohler ACPra. LIX S. 104, Avenarius a. a. O. S. 6 fg.

§ 602. [1] Der Bruchtheil ist nichts real Existirendes. Indem der Bruchtheil eines Ganzen gedacht wird, wird gedacht das Ganze zu einem Bruchtheil.

[2] Dieser Satz ist keine unmittelbare Consequenz aus dem bezeichneten Grundsatz; sondern eine Consequenz nur unter Hinzunahme des selbständigen Satzes, daß die Erbschaft nicht theilweise angenommen, theilweise ausgeschlagen werden kann, § 597 [11]. Von diesem letzteren Satze ausgehend konnte das r. R. die Erbschaftsantretung mit Hinzufügung einer Theilbeschränkung entweder für ungültig oder für unbeschränkt wirksam erklären; es hat das Letztere gethan, weil in einer solchen Antretung immerhin die Erklärung des Willens liegt, die „Erbschaft" haben zu wollen. L. 10 D. 29, 2. „Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse". Anders ist es nur dann, wenn die Erbschaftsantretung in Folge eines Irrthums über die Berufung auf einen andern Erbtheil gerichtet wird, als auf welchen die Berufung wirklich erfolgt ist, l. 75 D. 29, 2. (§ 597 [7].)

[3] L. 80 pr. D. 29, 2. „Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne. Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem

Dieß gilt auch für den Fall, wo bei Bedingtheit der einen Verfügung aus der unbedingten angetreten wird, ehe die Bedingung der bedingten erfüllt ist[4]; nur muß die Erfüllung vor dem Tode des Antretenden erfolgen, weil sonst die Berufung aus der bedingten Verfügung zu seinen Gunsten gar nicht wirksam wird[5]. In gleicher Weise wird durch die Ausschlagung aus Einer Verfügung jeder andere Erbtheil ausgeschlagen[6].

---

omnes adquiro, si tamen delatae sint". L. 76 § 1 D. 29, 2 (§ 597 [11]). „Semel adeundum", l. 80 § 3 eod. Im Besonderen handelt von diesem Fall Fuchs ACPra. XXXIX S. 233 fg. (1856).

[4] L. 60 [59] § 5 D. 28, 5, l. 76 pr. D. 29, 2. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo ein Eingesetzter, der zugleich einem anderen Eingesetzten substituirt ist, vor dem Wegfall dieses Letzteren antritt; er hat in der Institutionsportion auch die Substitutionsportion erworben. L. 35 pr. l. 81 D. 29, 2, l. 45 § 1 D. 28, 6, l. 9 D. 38, 16, l. 6 C. 6, 26. Auch der Fall der Pupillarsubstitution gehört hierher, insofern die Kindeserbschaft als Theil der väterlichen Erbschaft aufgefaßt wird, s. § 559 [22].

[5] L. 60 [59] § 6 D. 28, 5, l. 45 § 1 D. 28, 6, l. 9 D. 38, 16. S. auch l. 80 § 1 i. f. D. 29, 2 (— „si tamen delatae sint"). Schwierigkeiten macht hier l. 53 pr. D. 29, 2. „Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque condicio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet". Ueber die verschiedenen Ansichten (ob zu lesen „posteaquam"? ob die Stelle zu beziehen auf den sogleich zu nennenden Fall? ob auf den Fall, wo für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung kein Substitut ernannt ist?), s. Mühlenbruch XLIII S. 150 fg., Arndts § 517 [3], Dernburg III § 162 [4]. — Nur dann schadet der Tod vor Eintritt der Bedingung nicht, wenn der Antretende den ihm bedingt zugewiesenen Erbtheil auch bei Ausfall der Bedingung erhält; er wird vielmehr in diesem Fall durch den Antritt aus der unbedingten Erbeseinsetzung sofort Erbe auch auf den bedingt vergebenen Erbtheil. L. 33. l. 60 [59] § 6 D. 28, 5, l. 52 § 1 D. 29, 2. — Vgl. auch l. 59 D. 29, 2 (*vv.* quod sic recipiendum est *cett.*).

[6] Vgl. l. 10 § 3 D. 28, 6, und oben § 559 [23. 24]. Der im Text aufgestellte Satz ist in dieser Unbeschränktheit nicht allgemein anerkannt. Bestritten wird er für den Fall, wo der zugleich Instituirte und Substituirte vor dem Eintritt des Substitutionsfalls aus der Einsetzung ausschlägt, von Schlayer ACPra. LIII S. 52 fg., welchem folgt Arndts § 517 [5] in der 7. Aufl., ferner von Pietak ACPra. LIX S. 1 fg., Ubbelohde ACPra. LXV S. 462 fg., Köppen Lehrbuch S. 100, Dernburg III § 162 [5], während die herrschende Meinung vertheidigt wird von Wendt ACPra. LV S. 275 fg. Ich glaube, daß des Letzteren Ausführungen im Wesentlichen zutreffend sind. Schlayer beruft sich hauptsächlich auf l. 1 § 5. 6 D. 29, 4. Aber in dieser Stelle ist nicht von Substitution an fremde Stelle, sondern von Substitution an eigene Stelle die Rede, also von der Verfügung, A soll mein Erbe sein, sollte er nicht mein Erbe werden, so soll A mein Erbe sein. Von einer solchen Verfügung lehrten die römischen Juristen, daß die Substitution (die Wiederholung der Erbeseinsetzung) nur dann juristische Bedeutung habe („proficit"), wenn durch sie dem

3. Der mit einem Andern auf dasselbe Ganze Berufene erwirbt durch die Erbschaftsantretung auch denjenigen Erbtheil, welcher durch den Nichterwerb des Mitberufenen an ihn fällt. In diesem Falle liegt die Anwendung eines Verhältnisses vor, welches man technisch als Anwachsung, Anwachsungsrecht bezeichnet. Hiervon ist näher zu handeln.

[1. Nach dem BGB. erwirbt jeder Erbe, wie im gemeinen Recht der suus heres (§ 595), die Erbschaft ohne seine Willenserklärung, sobald der Tod des Erblassers und die sonstigen Thatsachen vorliegen, auf denen die Berufung zur Erbschaft ruht. Dieser „Anfall der Erbschaft" erfolgt unter dem Vorbehalt des Rechtes, sie auszuschlagen mit der Wirkung, daß Alles so gehalten wird, als sei der Ausschlagende nie Erbe geworden (1953); vgl. § 595 zu [6 fg.]. Die Annahme hat die Bedeutung, daß der Erbe nicht mehr ausschlagen kann (1943, vgl. § 595 zu [16]); sie macht den Erbschaftserwerb definitiv, wovon dann weitere Folgen abhängen (1958. 1995 Abs. 2. CPO. 778). Ein begrifflicher Unterschied läßt sich danach vom Standpunkte des BGB. nicht zwischen der Berufung zur Erbschaft und ihrem Erwerb (§ 594 zu [1]), sondern nur zwischen dem Erwerb der Erbschaft und dem Unwiderruflichwerden des Erwerbs aufstellen. Annahme wie Ausschlagung erklärt der Erbe als Erbe; daher behandelt das BGB. die hieher gehörigen Fragen im Zusammenhange der rechtlichen Stellung des Erben (Ueberschrift vor 1942), und unter beiden Erklärungen steht die der Ausschlagung im Vordergrunde. Daß die angefallene Erbschaft auf den Erbeserben übergeht, ist bei dem System des BGB. selbstverständlich und hat auch keinen besonderen Ausdruck im Gesetz gefunden; der Uebergang ist Uebergang einer erworbenen Erbschaft, Transmission der unerworbenen Erbschaft (§ 600) kann es nicht geben; auch die Sätze des § 601 fallen aus. Zum Ausdruck bringt das Gesetz die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts (1952, vgl. § 595 zu [14]).

2. Das Recht der Ausschlagung.

a. Dieses Recht hat jeder Erbe, auch der Vertragserbe, selbst dann, wenn er selbst den Erbvertrag mit dem Erblasser geschlossen hat; nur nicht der Fiskus als

---

Eingesetzten die Erbschaft unter anderen Modalitäten angeboten werde, als durch die erste Einsetzung, so daß anzunehmen sei, der Erblasser habe ihm die Wahl lassen wollen (l. 10 § 7. l. 48 § 1 D. 28, 6, l. 26 D. 29, 4). In einem Falle dieser letzteren Art kann daher auch der Eingesetzte aus der einen Einsetzung die Erbschaft ausschlagen, aus der anderen sie erwerben, und von einem solchen Fall handelt l. 1 § 5 cit. Anders ist es dagegen in dem Falle, wo der Eingesetzte an fremde Stelle substituirt wird. Für die Annahme einer Wahleinräumung liegt hier nicht der mindeste Grund vor. Der Erblasser bietet hier die Erbschaft nicht unter verschiedenen Modalitäten an, sondern zu verschiedenen Theilen. Die beiden Verfügungen (die Institution und die Substitution) sind im Sinne des Erblassers nicht durch ein „oder" verbunden, sondern durch ein „und". Ueber l. 76 § 1 D. 29, 2. s. § 597 [11]. Schlayer findet in dieser Stelle anerkannt, daß der Einsetzungserbtheil noch nachträglich (nachdem er durch die Antretung aus der Substitution mit erworben worden sei) ausgeschlagen werden könne!

gesetzlicher Erbe (1942); anders, wenn der Fiskus zum Erben eingesetzt ist. Der Fiskus als gesetzlicher Erbe kann das Ausschlagungsrecht nicht haben, weil hinter ihm Niemand mehr steht; er braucht es nicht zu haben, weil er niemals für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftbar werden kann (2011). Juristische Personen des öffentlichen Rechts, welche nach Landesrecht (EG. 138) an Stelle des Fiskus gesetzliche Erben werden, können dann nicht ausschlagen, wenn hinter ihnen Niemand berufen ist. Zieht sie aber das Landesrecht dem Fiskus in der Art vor, daß dieser hinter ihnen berufen ist, so können sie ausschlagen. Dasselbe gilt, wenn das Landesrecht mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts hinter einander beruft, für alle, ausgenommen die letzte. Das Recht der Ausschlagung ist, wie bereits bemerkt, vererblich (1952 Abs. 1.)

b. Das Ausschlagungsrecht geht verloren durch Annahme der Erbschaft oder durch Fristversäumniß, welche als Annahme gilt.

Die Ausschlagungsfrist ist eine gesetzliche; richterliche Anberaumung eines tempus deliberandi (§ 598) findet nicht statt. Die Frist beträgt regelmäßig sechs Wochen (1944 Abs. 1) seit Kenntniß des Erben von dem Anfall und dem Grunde der Berufung (1944 Abs. 2 S. 1). Auch von dem Berufungsgrunde wird Kenntniß verlangt wegen des Einflusses, den diese Kenntniß auf die Wirkung der Annahme oder Ausschlagung hat (s. unt. 6). Bei Berufung durch Verfügung von Todeswegen beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung (1944 Abs. 2 S. 2, vgl. 2260 Abs. 2). Dieß ist bestimmt zur Vermeidung von Streitigkeiten über den Zeitpunkt der erworbenen Kenntniß und, weil eine etwaige Kenntniß vor Verkündung der Verfügung von Todeswegen immer nur eine unsichere ist. (Mot. V S. 499.) Die Frist beginnt aber nicht nothwendig mit der Verkündung. Ist insbesondere der Berufene bei der Verkündung nicht anwesend, so beginnt die Frist erst, wenn er nachträglich die erforderliche Kenntniß erhält; nicht nothwendig aber ist, daß er sie durch amtliche Mittheilung (2262) erhält. — S. noch § 2306 Abs. 1 a. E. und dazu oben S. 396 fg. unter a. Auf den Lauf der Frist finden §§ 203. 206 entsprechende Anwendung (1944 Abs. 2 S. 3). Wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei Beginn der Frist im Auslande aufhält, so sind die Ermittelungen, welche der Erbe zur Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft braucht, zeitraubender, auch können im ersteren Falle Weiterungen dadurch entstehen, daß das Nachlaßgericht erst besonderer Bestimmung bedarf (Ges. üb. d. Angel. d. freiw. Ger. § 73 Abs. 2). Darum ist für diese Fälle die Frist auf sechs Monate bestimmt (1944 Abs. 3). Trotz der Nachstellung dieser Vorschrift muß § 1944 Abs. 2 S. 2 auch auf die sechsmonatige Frist angewandt werden.

Stirbt der Erbe vor Ablauf der Ausschlagungsfrist, so endet dieselbe nicht vor dem Ende der Frist für die Ausschlagung der Erbeserbschaft (1952 Abs. 2). Hatte die Frist für den Erben bereits begonnen, und ist er erst dann gestorben, so läuft die Frist weiter, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erbeserbe von dem Anfall der Erbschaft an den Erben Kenntniß hat oder nicht (so auch Strohal S. 302 fg. zu [15. 16], Planck-Ritgen zu § 1952 unter 2); auch ist der Aufenthalt des Erbeserben ohne Einfluß auf die Dauer der Frist. Der danach zu berechnende Endpunkt der Frist ist aber dann nicht entscheidend, wenn er

früher fällt, als der Endpunkt der Frist für die Ausschlagung der Erbeserbschaft. Der Erbeserbe soll sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft nicht früher entscheiden müssen, als über die Annahme oder Ausschlagung der Erbeserbschaft. Ist der Erbe vor erlangter Kenntniß von seiner Berufung und deren Grunde gestorben, so ist er vor Beginn der Frist und damit auch im Sinne des § 1952 Abs. 2 vor deren Ablauf gestorben. Hier aber steht der Erbeserbe insofern noch günstiger, als nur seine Kenntniß von dem Anfall der Erbschaft an den verstorbenen Erben (und deren Grund) die Frist in Lauf setzen (Strohal a. a. O.[16], Planck-Ritgen a. a. O.) und nur sein Aufenthalt zu Beginn derselben über ihre Dauer entscheiden kann. Selbstverständlich kann der Erbeserbe die Erbschaft ausschlagen und die Erbeserbschaft annehmen (sonst hätte die Vererbung des Ausschlagungsrechtes keinen Sinn), aber er kann nicht die Erbschaft annehmen und die Erbeserbschaft ausschlagen; denn die erste ist nur Bestandtheil der zweiten, und wird diese ausgeschlagen, so fällt auch die erste an den, der an Stelle des Ausschlagenden Erbeserbe wird.

3. Die Ausschlagungserklärung ist in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben (1945 Abs. 1, vgl. auch 1953 Abs. 3). Ein Bevollmächtigter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht, die der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden muß (1945). Bestanden haben muß die Vollmacht schon vor Abgabe der Erklärung (180), nachträgliche Genehmigung, wenn auch innerhalb der Frist, ist als solche wirkungslos, wird aber, wenn formgerecht an das Nachlaßgericht erklärt, die Bedeutung einer neuen Ausschlagung haben. Specialvollmacht (§ 599 zu [8], § 596 zu [17]) verlangt das BGB. nicht. Es genügt eine Vollmacht, welche, richtig ausgelegt, die Macht zur Ausschlagung dieser Erbschaft in sich schließt. Im Falle der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Erben (§ 596 zu [18 fg.], § 599 zu [5 fg. 10]) kommen die allgemeinen Grundsätze über Willenserklärungen Geschäftsunfähiger (105), nachtheilige Erklärungen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter (107) und gesetzliche Vertretung zur Anwendung. Jedoch bedarf der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1643 Abs. 2. 1822 Ziff. 2. 1897. 1915). Eine Ausnahme hiervon findet statt (1643 Abs. 2 S. 2), wenn der gesetzliche Vertreter der Inhaber der elterlichen Gewalt ist, seinerseits vor dem Kinde berufen war und für sich ausgeschlagen hat. Man hat angenommen, in derartigen Fällen werde die Unvortheilhaftigkeit der Erbschaft auch für das Kind so zweifellos sein, daß man von dem Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts absehen könne. Anders ist es dagegen, wenn der Gewalthaber neben dem Kinde berufen ist. Hier könnte er durch Ausschlagung für das Kind dessen Erbtheil für sich erstreben und deßhalb ist in diesem Falle die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausschlagung erforderlich. — S. noch 1406 Ziff. 1. 1453. 1519 Abs. 2. 1525 Abs. 2. 1549. 1550 Abs. 2. —

Die Annahmeerklärung unterstellt das Gesetz keinen besonderen Vorschriften. Sie kann also formlos, auch nach Art der pro herede gestio erfolgen (vgl. § 596, 2) und untersteht den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte; sie ist nicht empfangsbedürftig. Ist der Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zu beachten, daß die Annahme ihm rechtlichen Nachtheil bringt (vgl. 107),

weil sie das Ausschlagungsrecht vernichtet. Der gesetzliche Vertreter bedarf aber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Annahme nicht. Als Annahme gilt auch Versäumniß der Ausschlagungsfrist (1943).

4. Der Erbe kann annehmen oder ausschlagen sobald der Erbfall eingetreten ist (1946). Dieß soll bedeuten (Prot. der II. Comm. S. 7677 fg.), daß derjenige, dem die Erbschaft angefallen ist, nicht den Beginn der Ausschlagungsfrist abzuwarten braucht; z. B. kann, wer sich zum Erben eingesetzt weiß, vor Verkündung des Testaments annehmen oder ausschlagen. Nicht aber hat man daran gedacht, daß jemand, dem die Erbschaft noch nicht angefallen ist, im Voraus — für den Fall des Wegfalls eines Vorberufenen sollte annehmen oder ausschlagen können (vgl. § 597 zu [2]). Allerdings wird das Gesetz gemeinhin in diesem Sinne verstanden. Endemann III § 79 zu [10], Strohal S. 300 [6]. Allein der Absicht seiner Verfasser entspricht das nicht, und was den Wortlaut angeht, so kann man betonen, daß der Erbe die Erklärungen abgeben kann (1946); vor dem Anfall ist der Erklärende nicht Erbe. Nur ausnahmsweise anders ist es im Falle der Nacherbeseinsetzung (2142 Abs. 1). Der Nacherbe kann aus besonderen Gründen (s. Mot. V S. 121 fg.) die Erbschaft ausschlagen, keineswegs auch annehmen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Im I. Entw. (§ 1832), den die II. Comm. (Prot. S. 6828) sachlich gebilligt hat, hieß es, daß der Nacherbe ausschlagen kann, wenn die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist. Sollte es auch nicht zulässig sein, diese Auffassung als die des Gesetzes anzusehen, so würde doch die in Rede stehende Sondervorschrift keinen Schluß auf die allgemeine Möglichkeit der Ausschlagung — noch weniger der Annahme — vor dem Anfall ergeben.

5. Beide Erklärungen müssen unbedingt und unbefristet sein (1947; vgl. § 597 zu [10], § 599 zu [15]). Nach der I. S. 426 vertretenen Auffassung gilt die Unzulässigkeit der Bedingung auch für die s. g. uneigentlichen Bedingungen. Das Gesetz geht nicht so weit, daß schon der verschwiegene Zweifel an der Wirksamkeit der Erklärung sie ungültig macht (§ 597 zu [5]), aber sie ist nichtig, wenn sie unter der ausgesprochenen Bedingung erfolgt: wenn ich berufen sein sollte. Gegen die Möglichkeit der Annahme oder Ausschlagung für den Fall künftiger Berufung (abgesehen von dem Ausnahmefall des § 2142 Abs. 1) ergibt m. E. § 1947 einen weiteren starken Grund.

6. Es ist möglich, daß der Erbe auf die Erbschaft oder auf einen und denselben Erbtheil aus verschiedenen Gründen berufen ist.

Er kann berufen sein 1) durch Testament oder Erbvertrag und 2) eventuell gesetzlich. Nimmt er aus dem ersten Grunde an, so kommt der zweite nicht zum Vorschein. Er kann aber aus dem ersten Grunde ausschlagen und aus dem zweiten annehmen (1948 Abs. 1). Eines besonderen Schutzes der Vermächtnißnehmer und der Auflagen gegen Dolus (§ 641, 3) bedarf es wegen der durchgreifenden Vorschrift des § 2161 nicht.

Es ist ferner möglich, daß der Erbe durch Testament und zugleich durch Erbvertrag berufen ist. Denn ein Testament ist neben einem Erbvertrage nur soweit unwirksam, als es den vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (2289 Abs. 1); der doppelten Berufung eines und desselben Erben durch Testament und Vertrag steht also nichts im Wege. In solchem Falle kann der Berufene aus dem einen Grunde annehmen und aus dem andern ausschlagen (1948 Abs. 2).

Ob dasselbe gelten muß, wenn die Berufung auf zwei Erbverträgen oder zwei Testamenten beruht (vgl. 2258 Abs. 1. 2289 Abs. 1), hängt davon ab, ob in solchem Falle Einheit des Berufungsgrundes oder Verschiedenheit der Gründe anzunehmen ist. Nach der Idee des § 1951 Abs. 2 S. 2 ist Verschiedenheit der Gründe nur dann anzunehmen, wenn der Erblasser die Erbverträge mit verschiedenen Personen geschlossen hat; in den übrigen Fällen dagegen — zwei Testamente, zwei Erbverträge unter denselben Personen – Einheit des Berufungsgrundes (vgl. unt. 7).

Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, welche dem Erben zur Zeit der Ausschlagung bekannt sind (1949 Abs. 2), mögen sie mit einander concurriren, oder hintereinander stehen; dieß schützt den Erben gegen die Nothwendigkeit, mehrmals ausschlagen zu müssen. Auf Gründe, die dem Erben unbekannt sind, erstreckt sich dagegen die Ausschlagung nicht von selbst. Die Möglichkeit aber, die Erbschaft auch mit Bezug auf alle dem Erben nicht bekannten Gründe auszuschlagen, sollte nicht abgeschnitten werden (Prot. der II. Comm. S. 7685, vgl. 7682). Diese Möglichkeit ist auch trotz des § 1947 anzuerkennen, da die Ausschlagung in solchem Falle immer die völlig unbedingte Erklärung ist, die Erbschaft unter keinen Umständen haben zu wollen. Kennt der Erbe die mehreren Berufungsgründe, so muß er die Ausschlagung besonders auf einen beschränken, wenn er nicht will, daß sie für alle gilt, während seine Rechte aus den ihm unbekannten Gründen (damit aber auch die Nothwendigkeit wiederholter Ausschlagung) von selbst bestehen bleiben, wenn er die Erklärung nicht besonders auf sie ausdehnt. Soweit aber nach dem Vorigen Einheit des Berufungsgrundes anzunehmen ist, wirkt die Ausschlagung, wenn der Erbe zur Zeit der Erklärung nur das eine Testament oder nur den einen der beiden (zwischen denselben Personen geschlossenen) Erbverträge kannte, dennoch mit Bezug auf beide; kennt er beide und beschränkt die Ausschlagung auf die eine Verfügung, so ist die Erklärung perplex und daher nichtig.

Von der Annahme sagt das Gesetz: sie gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrthum war (1949 Abs. 1). Darin liegt zugleich und sollte liegen (Prot. der II. Comm. S. 7685 fg.), daß die Annahme im Falle der Mehrheit von Berufungsgründen sich im Zweifel nur auf den dem Erben bekannten bezieht. Die Möglichkeit, sie zugleich auf etwa noch vorliegende unbekannte Gründe zu erstrecken, ist nicht abgeschnitten (Prot. der II. Comm. S. 7682). Es liegt die unbedingte Erklärung vor, die Erbschaft unter allen Umständen haben zu wollen.

7. Untheilbarkeit der Erklärungen. Die Annahme, wie die Ausschlagung müssen sich, wenn die ganze Erbschaft oder ein Theil derselben einheitlich angefallen ist, auf alles beziehen, was angefallen ist. Die Annahme, wie die Ausschlagung nur eines Theiles des Angefallenen ist unwirksam (1950), während nach gemeinem Recht die Annahme eines Theils für das Ganze wirkt (§ 602, 1).

Ist Jemand auf mehrere Erbtheile berufen, so ist zu unterscheiden, ob die Berufung auf verschiedenen Gründen, oder auf einem und demselben Grunde beruht. Nur bei Verschiedenheit der Gründe kann jeder Theil für sich angenommen und ausgeschlagen werden (1951 Abs. 1). Einheit des Grundes wird

angenommen, wenn die mehreren Erbtheile kraft eines oder mehrerer Testamente, kraft eines Erbvertrages oder mehrerer Erbverträge zwischen denselben Personen (dem Erblasser und dem Eingesetzten oder dem Erblasser und demselben Dritten) angefallen sind (1951 Abs. 2 S. 2); deßgleichen, wenn ein Erbtheil bei der gesetzlichen Erbfolge sich durch Wegfall eines Mitberufenen vor oder nach dem Erbfall erhöht (arg. 1935) und wenn einem Eingesetzten der Theil eines Miterben anwächst (arg. 2095). Verschiedenheit der Berufungsgründe dagegen waltet ob, wenn ein Theil nach Verfügung von Todeswegen, der andere nach Gesetz anfällt, oder der eine nach Testament, der andere nach Erbvertrag, oder beide nach verschiedenen Erbverträgen, welche der Erblasser mit verschiedenen Personen schloß (diese bilden nach Ansicht der II. Commission [Prot. S. 7683] nicht ein einheitliches Ganzes). Wenn Jemand gemäß § 1927 oder 1934 gesetzlich zwei Theile erhält, so gilt jeder Theil als besonderer Erbtheil. Diese Vorschriften sind in den Mot. des I. Entw. V S. 363. 372 ausdrücklich damit motivirt, daß kein Anlaß bestehe, zu verhindern, daß der eine Erbtheil angenommen, der andere dagegen ausgeschlagen werde. Sonderbarer Weise sagen aber dieselben Motive (V S. 510, in einer Ausführung, die übrigens auch dadurch auffällt, daß sie zu § 2038 statt zu § 2037 des I. Entw. gestellt ist), im geraden Gegentheil, daß die Berufung auf demselben Grunde beruhe und deßhalb die Ausschlagung für beide Theile maßgebend sei. Die II. Comm. hat weder die eine noch die andere Aeußerung der Mot. beanstandet. Ein sicherer Anhalt aus den Materialien läßt sich also nicht gewinnen. Immerhin aber fällt die Motivirung zwei gegebener Vorschriften schwerer ins Gewicht als die an falscher Stelle gegebene Begründung dafür, warum man keine Vorschrift gebe (so liegt es Mot. V S. 510). Einen Ausspruch dahin, daß Einheit des Berufungsgrundes anzunehmen sei, enthält das Gesetz jedenfalls nicht, und innerlich läßt sich sehr wohl rechtfertigen, in den fraglichen Fällen Verschiedenheit der Gründe anzunehmen, da zwei verschiedene Verhältnisse zum Erblasser gegeben sind. (A. M. Planck-Ritgen zu § 1951 unter 2).

Ist der Grund der Berufung einer, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbtheils auch für den andern, selbst wenn der andere erst später anfällt, z. B. in Folge von Ersatzerbeseinsetzung. Dieß kann aber dann nicht gelten, wenn der Erklärende zugleich den einen Theil ausschlägt und den anderen annimmt; man kann dann weder die eine noch die andere Erklärung auf den anderen Theil erstrecken; das ganze Geschäft ist vielmehr perplex und daher nichtig. Auch dann, wenn Jemand einen Theil annimmt oder ausschlägt und sich dabei die Erklärung über den andern ausdrücklich noch vorbehält, ist das Geschäft für nichtig zu halten. Der § 1951 Abs. 2 S. 1 kann nur eine Auslegungsregel darstellen. Im Falle der Einsetzung auf mehrere Theile kann der Erblasser auch bei Einheit des Berufungsgrundes durch Verfügung von Todeswegen dem Erben gestatten, den einen Theil zu nehmen und den andern auszuschlagen. Sind die Berufungsgründe verschieden, so kann der Erblasser die Theile nicht unmittelbar für untrennbar erklären. Er kann aber die Einsetzung auf einen Theil von der Annahme des andern abhängig machen (vgl. 2105), oder umgekehrt an die Ausschlagung eines Theils den Verlust des andern knüpfen (vgl. 2104!).

Ist der Erbe gestorben, so kann von seinen Erben jeder den Theil der Erbschaft, der in seinem Erbeserbtheil enthalten ist, selbständig annehmen und ausschlagen (1952 Abs. 3). Schlägt einer der Erbeserben seinen Theil der Erbschaft aus, so fällt derselbe an die für den Fall der Ausschlagung gemäß § 1953 berufenen Erben des ersten Erblassers, nicht etwa accrescirt er den übrigen Erbeserben. So auch Planck-Ritgen zu § 1952 unter 3. 4. Doch stellt Strohal S. 92 den Beweis des Gegentheils in Aussicht.

8. Annahme wie Ausschlagung können anfechtbar sein aus den Gründen, aus denen allgemein Rechtsgeschäfte unter Lebenden anfechtbar sind (s. aber auch 2308). Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht nach Art der Ausschlagungserklärung (1955). Besonders normirt § 1954 die Anfechtungsfristen. Zu der dort unter anderm verordneten entsprechenden Anwendbarkeit des § 207 ist zu bemerken: Die Anwendbarkeit setzt voraus, daß das Anfechtungsrecht zu einem Nachlaß gehört. Ist der Erbe gestorben, nachdem er (anfechtbar) angenommen oder ausgeschlagen hatte, so hat der Erbeserbe das Anfechtungsrecht als einen Bestandtheil der Erbeserbschaft. Die Anfechtungsfrist läuft nicht ab vor Ablauf von sechs Wochen (im Falle von § 1954 Abs. 3 sechs Monaten) nachdem der Erbeserbe die Erbeserbschaft angenommen hat (oder die Annahme als erfolgt gilt [1943 a. E.]). Die Eröffnung des Concurses über den Nachlaß des Erben (vgl. 207) ändert daran nichts, da der Concursverwalter über Annahme oder Ausschlagung der ersten Erbschaft nicht entscheiden kann (KO 9). Nichts Anderes gilt auch dann, wenn für die Erbeserbschaft ein Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, oder Testamentsvollstrecker vorhanden ist; denn die Frage der Annahme oder der Ausschlagung der ersten Erbschaft ist mehr als ein Akt der Verwaltung der Erbeserbschaft. — Die Anfechtung der Annahme gilt als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme (1957). Danach versteht sich von selbst, daß auf die Anfechtung der Annahme § 1953 Abs. 3 anwendbar ist; für den Fall der Anfechtung der Ausschlagung s. entsprechend § 1957 Abs. 2. Erfolgt die Anfechtung wegen Irrthums, so haftet der Anfechtende allen Interessenten auf das negative Interesse (122). Die Versäumung der Ausschlagungsfrist, welche als Annahme gilt (1943 a. E.) kann wie die Annahme angefochten werden (1956). Gedacht ist dabei (Prot. der II. Comm. S. 7690) an Versäumung im Falle unzulässiger Willensbeeinflussung. Aber auch dann ist die Anfechtbarkeit zu bejahen, wenn der Erbe die Frist in Folge eines Irrthums versäumt, z. B. über das Datum der Verkündung einer letztwilligen Verfügung, oder über den letzten Wohnsitz des Erblassers (vgl. 1944 Abs. 2 S. 2. Abs. 3).

9. Wenn der Erbe vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte besorgt, so kann darin die Annahme liegen. Der Erbe kann aber auch ohne Annahmewillen die Geschäfte für Rechnung des Nachlasses besorgen. Er ist dann demjenigen gegenüber, welcher definitiv Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (1959 Abs. 1). Des besonderen Ausdrucks im Gesetze bedurfte dieß deßhalb, weil ungewiß ist, ob im Ergebniß der provisorische Erbe für sich oder einen Andern handelt, § 677 also unmittelbar nicht anwendbar ist. Die dem Erben erwachsenden Verpflichtungen sind Ansprüche, die zum Nachlaß gehören, ebenso wie umgekehrt seine Forderungen Nachlaßverbindlichkeiten darstellen; s. auch KO. 224 Ziff. 6.

Verfügt der provisorische Erbe über Nachlaßgegenstände, so muß die Verfügung, wenn er ausschlägt, zufolge § 1953 Abs. 1 rückwirkend vernichtet werden; wenn aber die Verfügung nicht ohne Nachtheil für den Nachlaß verschoben werden konnte, so bleibt sie gültig (1959 Abs. 2). Genügt es, wenn der Gegner diese Voraussetzung als gegeben ansah und ansehen durfte? Der Wortlaut des Gesetzes gibt zur Bejahung dieser Frage keinen hinlänglichen Boden. Rechtsgeschäfte, welche gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden müssen, bleiben immer auch nach der Ausschlagung wirksam (1959 Abs. 3).

Wird auf eine Erbschaftsforderung an den provisorischen Erben die Leistung bewirkt, so kann man nach allgemeinen Grundsätzen die Annahme der Leistung eine Verfügung des Erben über einen Erbschaftsgegenstand nennen, also § 1959 Abs. 2 anwenden. Man kann aber ebensowohl, da § 1959 Abs. 3 keineswegs nur von einseitigen Rechtsgeschäften spricht, das Verhältniß von dem Gesichtspunkt aus betrachten, daß die Leistung ein dem Erben als solchem gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft ist, welches gültig bleibt ohne die einschränkende Voraussetzung des Abs. 2. Die letztere Betrachtungsweise ist die des I. Entw. (§ 2056 Abs. 2. Wird . . . von einem Dritten gegenüber dem Erben ein Rechtsgeschäft vorgenommen, welches gegenüber dem Erben als solchem vorzunehmen ist, wird insbesondere an den Erben eine Leistung bewirkt, welche dem Erben als solchem gebührt, ...). Nicht sicher erkennbar ist der Standpunkt der II. Commission (Prot. S. 7333 fg.). Sie scheint aber doch davon auszugehen, daß Zahlungsangebot mit Wirkung des Annahmeverzuges gegen den Definitiverben nach Abs. 3 immer möglich sei, und daraus zu folgern, daß die Zahlung selbst ebenfalls immer wirksam sein müsse (S. 7738), wenn nicht ein Widerspruch entstehen solle. Anders Planck-Ritgen zu § 1959 unter 3, 4, der jenen Widerspruch als solchen nicht zu empfinden scheint. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Rechtserwerb von Nichtberechtigten schließt § 1959 nicht aus. Es wird auch ohne besondere Vorschrift nicht zu leugnen sein, daß derjenige, der vom provisorischen Erben eine bewegliche Sache erwirbt, indem er sie ohne grobe Fahrlässigkeit für nicht zur Erbschaft, sondern aus anderem Grunde dem Erben gehörig hält, auch ohne die Voraussetzung des § 1959 Abs. 2 definitiv Eigenthum erwirbt. Dagegen läßt sich dasselbe für den Fall, daß der Empfänger die Erbschaft für angenommen hält, nicht behaupten. Hat der Erbe einen Erbschein erwirkt (vgl. § 2357 Abs. 3 S. 1) oder sich ins Grundbuch eintragen lassen, so hat er die Erbschaft angenommen. Der § 1959 gilt aber auch für den Fall, daß die Annahme anfechtbar ist und angefochten wird, für Handlungen, die bis zur Anfechtung geschehen. In diesem Falle kommt dem Dritten, der mit dem Erben, ohne daß Gefahr im Verzuge ist, verhandelt, das Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs (892) oder auf den Erbschein (2366 fg.) zu statten. Denn er durfte den Erben nach dem Sinne jener Vorschriften für den Definitivberechtigten halten. Kannte er aber die Anfechtbarkeit der Annahme, so stehen ihm, wenn die Anfechtung erfolgt, nicht jene Vorschriften, sondern ausschließlich § 1959 zur Seite (142 Abs. 2).

10. Fürsorge des Nachlaßgerichts, insbesondere Nachlaßpflegschaft s. 1960 bis 1962.]

Insbesondere vom Anwachsungsrecht*.

§ 603.

Das Anwachsungsrecht beruht auf dem Grundsatz, daß durch die Berufung Mehrerer zu einem und demselben Ganzen eben Jeder zum Ganzen berufen wird, daß daher eine Theilung zwischen den Mitberufenen bloß dadurch entsteht, daß Jeder zum Erwerbe gelangt, während nur Ein Ganzes vorhanden ist, und daß also, sobald Einer nicht zum Erwerbe gelangt, der andere Mitberufene kraft der an ihn ergangenen Berufung um so viel Mehr erhält, als der Ausfallende nicht erwirbt[1]. Die Bezeichnung Anwachsungsrecht für dieses Verhältniß ist zwar quellenmäßig[2], aber insofern nicht genau,

* Baumeister das Anwachsungsr. unter Miterben nach r. Re (1829). Mayer das R. der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbre. und bei Legaten oder Fideicommissen (1835). Witte RLex. I S. 270—313 (1839). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 243—367 (1837). Dworzak Beiträge zur Lehre vom ius accrescendi, insbesondere bei Legaten. Haimerl's österr. BJS. VII S. 1—91 (1861). Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 420—446 (1864). Mayer § 27—29. Bering S. 519 fg. Köppen Lehrbuch S. 177—194. Vangerow II § 493—496. Sintenis III § 203. Brinz 1. Aufl. S. 825—832. 2. Aufl. III S. 167—179. Unger § 38.

§ 603. [1] Partes concursu fiunt. L. 80 D. 32. „Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri". Vgl. l. 1 § 3 D. 7, 2: — „cum primum itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum". Diese Grundlage des Anwachsungsr. wird anerkannt (im Einzelnen in verschiedener Ausbildung, namentlich unter Herbeiziehung des Begriffs der vermögensrlichen Persönlichkeit [§ 528 a. E.]) von: Huschke Rhein. Museum VI S. 279 fg. 304, Witte S. 272, Mühlenbruch S. 251, Dworzak S. 3 fg., Sintenis § 203 z. A., Vangerow § 494 Anm. z. A., Baron S. 428 fg. Ueber abweichende Ansichten s. Baumeister S. 104 fg. und die Angaben bei Mühlenbruch S. 250 fg., von Neueren Mommsen Erörterungen I S. 69 fg., Baron S. 438, Brinz 1. Aufl. S. 830 fg. 2. Aufl. III. S. 170, Krieg ([2a]), Merkel die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben (Tübingen 1876) S. 121 fg. (§ 604 [6]), Fitting ACPra. LVII S. 149 fg. (§ 604 [6]), Strohal ([2a] d.), Köppen System S. 178 (§ 604 [6]).

[2] Die Quellen sprechen übrigens von einem „accrescere" nicht bloß in dem Fall, wo ein Erbe den Erbtheil eines Mitberufenen deßwegen erhält, weil er mit ihm auf dasselbe Ganze berufen ist, sondern auch in dem Fall, wo er den Theil des Mitberufenen durch Substitution, also kraft einer besonderen gerade auf diesen Erbtheil gerichteten Berufung erhält, s. z. B. l. 35 pr. D. 29, 2, l. 6 C. 6, 26. Sie sprechen ferner von accrescere auch in dem Fall, wo ein eingesetzter Erbe einen im Testamente gar nicht vergebenen Erbtheil erhält, s. z. B. l. 13 § 3 D. 28, 5.

als sie geeignet ist, die Vorstellung zu erwecken, daß der zum Erwerbe Gelangende bei Ausfall des Mitberufenen etwas erhalte, was an ihn nicht von Anfang an vergeben sei, während die Bedeutung des Ausfalls des Mitberufenen nur die ist, daß die an den Erwerbenden ergangene Berufung auf das Ganze nicht mehr gehindert ist, ihre volle Kraft zu entfalten[2a]. Nur ein anderer Ausdruck dieses Satzes ist, daß die Anwachsung nach rechtlicher Nothwendigkeit eintritt[3], und eine unmittelbare Consequenz aus demselben, daß die

[2a] Es ist oft gesagt worden, daß das Anwachsungsr. nicht sowohl ein Anwachsungsr. sei, als ein Nichtabwachsungsr. Ist dieser Satz richtig? a) Er ist nicht richtig in dem Sinne, daß der zum Erwerbe Gelangende in Folge des später eintretenden Anwachsungsfalles gar nichts erhalte, sondern nur behalte, was er schon habe. Denn wenn an Mehrere ein und dasselbe Ganze vergeben ist, so ist es zwar wahr, daß an Jeden das Ganze vergeben ist, aber es ist ebenso wahr, daß das Ganze an Jeden vergeben ist, so daß also nach dem Willen des Vergebenden (des vergebenden Rsatzes) der zum Erwerbe Gelangende nicht eher Mehr als seinen Theil hat, bis die an den Anderen ergangene Berufung sich als erfolglos erwiesen hat, und daß, wenn sie sich als erfolglos erweist, nun dem Erwerbenden etwas zugelegt wird, was er bis dahin nicht gehabt hat. b) Der bezeichnete Satz ist aber richtig, in dem Sinne, daß dem Erwerbenden das, was ihm zugelegt wird, nicht kraft einer neuen Vergebung zugelegt wird, sondern kraft der ursprünglichen. Die richtige Formel für das Anwachsungsr. ist nicht: es wird dem Berufenen nicht entzogen, was er hat; wohl aber: es wird ihm nicht entzogen, was ihm verliehen worden ist. Durch diese Unterscheidung erledigen sich die Einwendungen von Krieg Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt (München 1876) S. 11 fg., welcher den Anwachsungserben kraft einer neuen Berufung erben läßt, ohne dem zu Note [4] und § 604 [6] bezeichneten Argument gerecht zu werden. c) Wird aber, wenn die Anwachsung eingetreten ist, es nicht vom Rechte so angesehen, als habe der Erwerbende das Anwachsende von Anfang an gehabt? Dieß ist entschieden die Auffassung des r. R. für die Anwachsung bei Vermächtnissen (§ 644 [8]), und auch für die Erbschaft ist das Gleiche anerkannt in dem Satze, daß auch den Erben des Anwachsungserben anwächst ([4]). In der That nöthigt dieser Satz zu der Annahme, daß der Anwachsungserbe nicht bloß auf den anwachsenden Theil berufen worden sei, sondern daß er ihn auch bereits bei Lebzeiten gehabt habe. Anderen Quellenentscheidungen wird freilich diese Annahme nicht zu Grunde gelegt, l. 2 D. 5, 4, l. 25 D. 46, 3, s. auch l. 36 D. eod., l. 28 D. 5, 1 (zu l. 44 § 2 D. 38, 2 vgl. § 644 [8]). d) Strohal Transmission pendente condicione (Graz 1879) S. 115 fg. lehrt, das R. nehme nicht bloß an, daß der Anwachsungserbe von Anfang an gehabt habe, sondern fingire auch, daß der Erblasser ihn auf das Ganze eingesetzt habe, obgleich er ihn in Wirklichkeit nur auf einen Theil habe einsetzen, auf den anwachsenden Theil habe substituiren wollen. Diese Fiction mache das R., um den Uebergang des Anwachsungstheils auf die Erben des Anwachsungserben zu ermöglichen. Aber warum will das R. diesen Uebergang? Und wozu der Umweg der Fiction?

[3] Sie tritt ein ohne Willen des Erben, ohne sein Wissen, gegen seinen Willen. L. 31. l. 53 § 1 D. 29, 2, l. 2 § 8 D. 37, 11, l. un. § 10 C. 6, 51.

Anwachsung auch zu Gunsten des Erben des Erwerbenden eintritt, wenn der Nichterwerb des Mitberufenen sich erst nach dem Tode des Erwerbenden entscheidet[4]. Im Uebrigen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Bei der Anwachsung wird als der regelmäßige Fall gedacht, daß derjenige, welchem anwachsen soll, zur Zeit, wo sich der Nichterwerb des Mitberufenen entscheidet, seinerseits bereits erworben habe[5]; aber nothwendig ist dieß zur Anwachsung nicht[6].

2. Die Anwachsung setzt voraus, daß aus der an den Mitberufenen ergangenen Berufung weder er selbst erwerbe, noch an seiner Stelle ein Anderer[7]. Wiederaufhebung des Erwerbes[8] steht dem Nichterwerbe nicht durchweg gleich[9].

---

[4] Er war bereits berufen, er wird nicht erst jetzt berufen. L. 26 § 1 D. 35, 1, l. 9 D. 38, 16, l. un. § 10 C. 6, 51. s. auch l. 60 [59] § 7 D. 28, 5. Portio portioni accrescit, vgl. l. 33 § 1 i. f. D. 7, 1.

[5] Vgl. z. B. l. 53 § 1 D. 29, 2, l. 2 § 8 D. 37, 11, l. un. § 10 C. 6, 51.

[6] Vgl. z. B. l. 17 § 1. l. 64 [63]. l. 67 [66] D. 28, 5, welche Stellen keine Beziehung auf bereits geschehenen Erwerb enthalten. S. auch l. 6 D. 37, 1. Witte S. 271 unt., Mühlenbruch S. 247, Brinz 1. Aufl. S. 825 unt. 2. Aufl. III § 391 [7]. — Deßwegen gehört die Lehre von der Anwachsung eigentlich nicht an diesen Punkt des Systems. Ihr eigentlicher Platz wäre in der allgemeinen Lehre von der Berufung; daselbst wäre unter Anderem auch von der Mitberufung zu handeln. Aber auch abgesehen von dem im Text Bemerkten, daß nämlich die Anwachsung regelmäßig gedacht wird als eine Anwachsung zu der erworbenen Portion, also als eine Erstreckung des Erwerbes, ist es an dem gegenwärtigen Orte leichter, die Lehre nach allen Seiten zum Verständniß zu bringen, als es an dem früheren Orte möglich gewesen wäre. — Darf aber von Anwachsung auch dann geredet werden, wenn der Mitberufene vor dem Tode des Erblassers wegfällt, z. B. durch den Tod oder durch Ausfall der Einsetzungsbedingung, oder wenn er von Anfang an ungültig eingesetzt ist? Hierüber wird gestritten; vgl. einerseits Witte S. 271, Vangerow § 494 Anm. z. A., welche dawider, andererseits Mühlenbruch S. 246 fg., Dworzak S. 22 fg., Sintenis § 203 Anm. 1, Brinz 1. Aufl. S. 826, welche dafür sind. Insoweit von einer Berufung schon vor dem Tode des Erblassers die Rede sein kann, kann auch schon vor dem Tode des Erblassers der wahre Inhalt derselben, daß sie nicht einen Theil, sondern das Ganze verleiht, aufgedeckt werden. S. auch l. 1 § 3. 4 C. 6, 51, l. 20 § 2 D. 28, 5. — Am weitesten gehen Brinz und Köppen a. a. OO., welche für den Begriff der Anwachsung das Moment der Mitberufung aufgeben.

[7] Die Anwachsung wird ausgeschlossen durch die Transmission. Vgl. l. un. § 5 C. 6, 51.

[8] Von diesem Fall handeln im Besonderen: Schmidt (von Ilmenau) civilistische Abhandlungen S. 63 fg., Puchta de accrescente portione eius qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit, 1842 (kl. civil. Schriften S. 532 fg.).

[9] Wohl, wenn der Miterbe den anwachsenden Theil nehmen will; aber er ist nicht unbedingt genöthigt, ihn zu nehmen. Wird der Erwerb durch Wieder-

3. Die Anwachsung setzt ferner voraus, daß nicht an die Stelle der wirkungslos gewordenen Berufung eine andere trete. Es liegt kein Widerspruch darin, daß ein Erbtheil als solcher den Gegenstand einer anderen Berufung bilde, als diejenige ist, von welcher er als Theil des Ganzen ergriffen wird[10].

4. Sind auf den ausfallenden Erbtheil Lasten gelegt, so gehen diese in der Anwachsung mit über[11,12]. Sind über den Erbtheil desjenigen, welchem anwächst, Verfügungen getroffen[13], so ist es eine Auslegungsfrage, ob diese auch den anwachsenden Erbtheil mit ergreifen, und diese Frage wird im Zweifel nicht zu bejahen sein[14].

---

einsetzung in den vorigen Stand aufgehoben, so kann er den anwachsenden Theil einfach ausschlagen, l. 61 D. 29, 2, vgl. auch l. 98 eod.; im Fall der Aufhebung des Erwerbes durch Entschlagung des nothwendigen Erben kann er sich von dem anwachsenden Erbtheil durch nachträglichen Verzicht auf seinen eigentlichen Erbtheil frei machen, s. § 595 [10]. Uebrigens ist auch die Ansicht nicht unvertreten, daß im Fall der Entschlagung das Gleiche gelte, wie im Fall der Wiedereinsetzung, Schmidt S. 86 fg., Mühlenbruch XLIII S. 137 fg., Köppen Lehrb. S. 286; dagegen Puchta S. 556 fg. (s. auch das. S. 548 fg.), Vangerow § 494 Anm. Nr. 7. b, Brinz 2. Aufl. III S. 178.

[10] Daher wird die Anwachsung ausgeschlossen durch Substitution (l. 2 § 8 D. 37, 11, l. un. § 3. 4. 7 C. 6, 51), und kann ausgeschlossen werden durch successive Delation (§ 573 [5]).

[11] L. 61 § 1 D. 31 (vgl. l. 74 D. 30), l. 49 § 4 eod., l. un. § 10 C. 6, 51. Aelteres R.: l. 29 § 1. 2 D. 31. Sf. I. 266.

[12] Die herrschende Meinung macht eine Ausnahme für den Fall, wo der Erbtheil durch eine von Anfang an ungültige Verfügung gegeben war, auf Grund von l. un. § 3. 9 C. 6, 51, zu welcher Stelle zu vergleichen sind l. 5 D. 34, 8, l. 14 § 1 D. 48, 10, l. 26 § 6 D. 40, 5. Aber die genannte Stelle ist nicht von letztwilligen Verfügungen überhaupt zu verstehen, sondern von Vermächtnissen, und nicht von Vermächtnissen, welche anwachsen, sondern von solchen, die beim Beschwerten bleiben; die Worte „nisi vacuatis" bis „perveniebant" bilden eine Parenthese. So Francke Beiträge S. 121 fg., welchem folgen Arndts Fortſ. von Glück XLVII S. 270 fg. und Brinz 2. Aufl. III § 391 [35], während sich Schneider (§ 604 [1]) S. 253 fg., Mühlenbruch Fortſ. von Glück XLIII S. 265, Vangerow II § 496 Anm. 3 Nr. V gegen denselben erklärt haben.

[13] Durch den Erblasser (Erbschaftsvermächtniß) oder durch den Erben (Verkauf, Schenkung ꝛc., überhaupt Veräußerung der Erbschaft).

[14] Die Meinungen gehen in Betreff dieses Punktes auseinander. Für die hier vertretene Ansicht: Glück XVI S. 341 fg., Baumeister S. 129 fg., Mayer Erbr. § 129 [6], Mommsen Erörterungen I S. 67 fg., v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Ren S. 115 fg., Köppen System S. 188 fg.; für die entgegengesetzte: Marezoll ZS. f. CR. und Pr. VI S. 335 fg., Mühlenbruch S. 348 fg., Ihering Abhandlungen S. 11 fg., Sintenis § 203 [16], Vangerow § 494 Anm. Nr. 5. 6, Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. (Leipzig 1877) S. 58 fg., Steinlechner das Wesen der iuris communio II

§ 604.

Eine Hauptfrage ist endlich, wann man sagen könne, daß Mehrere auf ein und dasselbe Ganze berufen seien?

1. Was die Berufung durch den Willen des Erblassers[1] angeht, so ist es möglich, daß der Erblasser in seiner Verfügung ausdrück-

---

S. 127 fg.; theilweise für die hier vertretene Meinung (beim Erbschaftsverkauf), theilweise für die entgegengesetzte (beim Erbschaftsvermächtniß) Brinz 2. Aufl. III S. 171. 172. Weitere Literatur bei Vangerow und Avenarius. Man bemerke über diese Streitfrage Folgendes. 1) Es ist ein sehr beliebtes Argument für die zurückgewiesene Meinung, daß die anwachsende Portion einen integrirenden Bestandtheil der ursprünglichen Portion bilde. Dieß ist gewiß nicht richtig; die anwachsende Portion bildet nicht einen integrirenden Bestandtheil (Theil) der ursprünglichen Portion, sondern einen integrirenden Bestandtheil (Theil) des Ganzen, in welchem beide Portionen enthalten sind, und auf welches freilich der zum Erwerbe Gelangende ebenfalls berufen ist. 2) Es ist aber ohne nähere Rechtfertigung nicht anzunehmen, daß sich der Verfügungswille auf dieses Ganze bezogen habe, weil der Berufene Aussicht auf das Ganze nur für den Fall hatte, daß der Mitberufene nicht zum Erwerbe gelangen sollte, und ohne besonderen Grund der Eintritt dieses Falles nicht angenommen werden durfte. 3) Es kann daher nur die Frage sein, ob nicht nach gesetzlicher Regel in der Verpflichtung zur Herausgabe eines Erbtheils die Verpflichtung zur Herausgabe der Anwachsung als eines hinzutretenden commodum enthalten ist. Diese Frage ist aber für das Erbschaftsvermächtniß schlechthin zu verneinen, s. II § 327⁶. Für den Fall der Veräußerung der Erbschaft geben einen Anhalt l. 7 § 13 D. 10, 3, l. 13 § 17 D. 19, 1, l. 78 § 4 D. 23, 3. Nach diesen Stellen muß der Miteigenthümer, welcher einen Eigenthumstheil herauszugeben verpflichtet ist, auch den im Theilungsprozeß ihm zugesprochenen anderen Eigenthumstheil mit herausgeben. Aber er muß ihn herausgeben nur gegen Erstattung der für denselben gemachten Aufopferung, wie er andererseits verlangen kann, daß ihm diese Aufopferung gegen Herausgabe des adjudicirten Eigenthumstheils ersetzt werde. Beides aus Billigkeitsrücksichten (l. 78 § 4 cit.). Die Billigkeit spricht aber gewiß nicht dafür, daß der Käufer einen Erbtheil einfach lucrire, der Verkäufer ihn einfach verliere. 4) Die Quellenstellen, auf welche man sich für die hier vertheidigte Meinung berufen hat, l. 83 D. 29, 2, l. 44 [43] D. 36, 1, l. 2 § 1 D. 18, 4, sind nicht beweisend.

§ 604. [1] Bei der testamentarischen Erbfolge war im r. R. seit der lex Iulia und Papia Poppaea das Anwachsungsr. ausgeschlossen, mit Ausnahme der von Anfang an ungültigen Verfügungen; nur zu Gunsten der im Testament eingesetzten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grad bestand es unbeschränkt fort. Abgesehen von diesen Ausnahmen trat an die Stelle der Anwachsung die caduci vindicatio durch den Fiscus, jedoch mit einem Vorzug der im Testament Bedachten, welche Kinder hatten. Dieses ganze R. hat Justinian aufgehoben. Gai. II, 206. 207. Ulp. XVII, 2. XVIII, l. un. C. 6, 51. Rudorff Z. f. gesch. RW. VI S. 397 fg. (1828). Mayer (§ 603 *) S. 176 fg. (1835). Ders. Erbr. § 27². Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsr. und die caducarischen Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea S. 91 fg. (1837); über diese Schrift Huschke Richter's Jahrb. 1838 S. 314 fg. Witte KrZ. I S. 304 fg.

lich erklärt habe, daß er den Einen auf dasselbe Ganze, Erbschaft oder Erbschaftstheil, einsetze, auf welches er bereits einen Andern eingesetzt hat[2]. Ist dieß nicht der Fall, so ist anzunehmen, daß der Erblasser die Mehreren auf dasselbe Ganze habe berufen wollen, wenn er sie zusammen eingesetzt hat ohne ihnen Theile anzuweisen[3]. Dieß

[2] L. 142 i. f. D. 50, 16. 'L. Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua L. Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto'. Iulianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum G. Seio institutus sit. Sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse". L. 15 pr. D. 28, 5. Es ist dieß die bloße re coniunctio. Vgl. l. 142 cit. init. und l. 89 D. 32 — Uebrigens ist es bestritten, daß in diesem Fall Anwachsung stattfinde; dawider, entweder auch für das ältere R., oder doch für das Justinianische nach l. un. C. 6, 51: Thibaut ACPra. VIII S. 406 fg., Rudorff S. 426, Mayer S. 215 fg. und Erbr. § 29, Witte S. 312, und die übrigen bei Vangerow § 496 Anm. 3 Nr. II Genannten. Man darf nicht nach Zeugnissen für das Anwachsungsr. der re coniuncti, sondern man muß nach Zeugnissen gegen das Anwachsungsr. derselben fragen. Aber es fehlt auch nicht an Zeugnissen der ersten Art. Denn nach l. 60 [59] § 3 D. 28, 5 (s. auch l. 20 § 2 eod.) haben Anwachsungsr. die coniuncti, coniunctim instituti, und s. l. 142 D. 50, 16, l. 15 pr. D. 28, 5. Allerdings gibt es bei Vermächtnissen einen anderen Sprachgebrauch, nach welchem unterschieden wird, ob Mehreren dieselbe Sache coniunctim oder disiunctim hinterlassen ist (vgl. z. B. § 8 I. 2, 20, l. 33 pr. D. 30, Gai. II, 199. 205. 215. 223). Aber offenbar gerade diesem Sprachgebrauch gegenüber wird in den genannten Stellen hervorgehoben, daß in der re coniunctio eine wirkliche coniunctio liege, während l. 67 [66] D. 28, 5 ([3]) umgekehrt ausspricht, daß die verbis coniunctio bloß dem äußeren Scheine nach eine coniunctio sei. In l. un. § 10 C. 6, 51 sind allerdings die bloß re coniuncti nicht genannt ([8 a. E.]); Justinian hat an diesen Fall, der immerhin etwas Besonderes hat, nicht gedacht.

[3] Es ist dieß die re et verbis coniunctio, die Sachverbindung ausgedrückt durch die Wortverbindung. L. 142 D. 50, 16 ([2]): — „Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti: 'Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto'; vel ita: 'Titius Maeviusque heredes sunto'; vel: 'Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto' .". L. 60 [59] § 2 D. 28, 5, vgl. l. 11. l. 13 pr. eod. — Hat der Erblasser den mehreren zusammen Genannten Theile angewiesen, so sind sie bloße verbis coniuncti, und haben im Zweifel (s. Note [4a]) Anwachsungsr. nicht. L. 67 [66] D. 28, 5. „Si ita quis heredes instituerit: 'Titius heres esto, Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto', quamvis 'et' syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur". Vgl. l. 89 D. 32: — „verbis (sc. coniuncti videntur): 'Titio et Seio fundum aequis partibus do lego', quoniam semper partes habent legatarii". Freilich ist auch dieß (daß bloße verbis coniuncti Anwachsungsr. nicht haben) bestritten,

gilt nicht bloß für den Fall, wo er sie zusammen auf einen bestimmt bezeichneten Theil, sondern auch für den Fall, wo er sie ohne Nennung eines solchen Theils eingesetzt hat[4]; ja im ersten Fall wird das Anwachsungsrecht sogar dadurch nicht nothwendig ausgeschlossen, daß jedem Eingesetzten sein Antheil angewiesen wird[4a]. Hat der Erblasser neben Erben, welche er in verbundener Rede auf dasselbe Ganze berufen hat, auf dieses selbe Ganze noch einen Andern in getrennter Rede eingesetzt, so ist als sein Wille anzunehmen, daß die in verbundener Rede Genannten gegenüber den in getrennter Rede Genannten zusammen eine Einheit bilden sollen, so daß beim Wegfall Eines

weniger für das ältere R., als für das Justinianische, auf Grund von l. un. § 10 C. 6, 51, s. Rudorff, Mayer und Witte (²), auch Huschke (¹) S. 330 unt. Man nimmt nämlich an, daß Justinian den Vorzug der verbis coniuncti aus dem alten Caducitätsr. (Gai. II, 207, l. 89 D. 32) in die von ihm neu getroffene Ordnung herübergenommen habe. In der That glaube ich nicht, daß wird geleugnet werden dürfen, daß Justinian in l. un. § 10 cit. von verbis coniuncti redet; die „unitas sermonis" am Schluß der Stelle spottet m. E. jeder anderen Erklärung. Aber daraus folgt nicht, daß er von Solchen redet, welche bloß verbis, nicht auch zugleich re conjuncti sind; und daß er dieß in der That nicht thut, beweist m. E. der Schluß des § mit vollkommener Sicherheit. „Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant; disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti et suum quidem habent, alienum autem non soli appetunt, sed cum omnibus suis coheredibus accipiunt". Die disiuncti dieser Stelle sind, wie auf der Hand liegt, die nicht re coniuncti; vom re coniunctus kann man nicht sagen, daß er „alienum appetit". Also sind die coniuncti, welche zu ihnen in Gegensatz gebracht werden, re coniuncti, und da sie nach dem Gesagten zugleich als verbis coniuncti gedacht werden, sind sie re et verbis coniuncti.

[4] Z. B. 'Titius heres esto, Seius et Maevius heredes sunto'. L. 64 [63] D. 28, 5. „Heredes sine partibus utrum coniunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui coniuncti erant pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio eius pertinet". Dagegen l. 17 § 1. 2 eod.: — „quantum ad ius adcrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur". Vereinigungsversuche bei Vangerow § 496 Anm. 3 Nr. 4 und den das. Genannten. Für das Justinianische R. kann es nach l. un. § 10 C. 6, 51 (³) nicht zweifelhaft sein, daß die Entscheidung der l. 64 [63] cit. vorzuziehen ist; ja es ist nicht unwahrscheinlich, daß Justinian in seinem Gesetze gerade diesen Fall und den darüber geführten Streit im Auge gehabt hat.

[4a] Es ist möglich, daß der Erblasser die Anweisung von Theilen bloß für den Fall der Concurrenz gemeint, nicht von Anfang an den Erbtheil, auf welchen er die Mehreren berufen hat, hat spalten wollen. Es ist dieß eine Interpretationsfrage.

von ihnen den Mitgenannten allein anwächst[5]. — Aber auch die im Testament Eingesetzten als solche sind insofern auf dasselbe Ganze berufen, als sie, wenn auch auf die Erbschaft zu je einem Theil, doch immerhin auf die Erbschaft berufen sind. Daher findet auch zwischen den sämmtlichen Testamentserben als solchen Anwachsungsrecht statt, und die Folge davon ist die, daß der ausfallende Theil nicht bloß denjenigen anwächst, welche zur Zeit des Ausfalles noch leben, sondern auch den Erben der (nach dem Erwerbe) Gestorbenen[6]. Bei

---

[5] Vgl. Mühlenbruch XLIII S. 318 fg., Vangerow § 496 Anm. 3 Nr. III. A. M. Sintenis III § 203 [14].

[6] L. 26 § 1 D. 35, 1, vgl. l. 9 D. 38, 16. Gälte dieser Satz, welcher allgemein anerkannt ist, nicht, so wäre es möglich, sich das Verhältniß so vorzustellen, daß der ausfallende Theil durch eine nach gesetzlicher Regel nachträglich eintretende Erstreckung der testamentarischen Berufung, d. h. durch eine neue gesetzliche Berufung auf Grund der früheren testamentarischen, den Testamentserben zugelegt würde. Jener Satz aber beweist, daß die Auffassung des r. R. die ist, daß jeder auf einen Theil Eingesetzte von allem Anfang an zugleich auf den Theil eines jeden Andern mit eingesetzt sei (nicht: eingesetzt sei für den Fall des Ausfalles des Andern — denn das wäre bedingte Einsetzung, welche den Erben des vor Ausfall der Bedingung Sterbenden nicht zu Gute kommen könnte — sondern sofort mit eingesetzt sei), und dieß ist denkbar nur auf Grund der Idee, daß der Bruchtheil der Erbschaft immerhin Erbschaft ist. Wie in jedem Bruchtheil der Erbschaft die Erbschaft erworben wird (§ 602), so liegt in der Einsetzung auf einen Bruchtheil der Erbschaft eine Einsetzung auf die Erbschaft. — Diese Auffassung ist in neuerer Zeit vielfach angefochten worden. 1) Fitting ACPra. LVII S. 149 fg. stellt für das Anwachsungsr. überhaupt die Regel auf, daß, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht Erbe werde, Alles juristisch so zu behandeln sei, als wenn er von Anfang an nicht Erbe gewesen wäre, und er folgert aus dieser Regel für den vorliegenden Fall, daß jeder auf einen Theil eingesetzte Erbe anzusehen sei als berufen nicht auf diesen Theil, sondern auf denjenigen Theil, welcher nach Verhältniß dieses Theiles festgestellt werden werde durch die Zahl der wirklich zum Erwerbe Gelangenden. Fitting nimmt bis zur Entscheidung über die Zahl der Erwerbenden einen „Schwebezustand" an, aber einen Schwebezustand nicht für das Sein, sondern für das Wissen vom Sein; durch die eintretende Entscheidung werde die Größe des Erbtheils nicht erst bestimmt, sondern nur „bekannt" gemacht, „aufgewiesen." Hiergegen ist zu bemerken, daß das von Fitting aufgestellte Princip ein reines Formalprincip ist, während es über den Grund der Anwachsung, wie Fitting auch selbst andeutet (S. 153), keine Auskunft gibt; was die sachliche Auffassung angeht, s. § 603 [2a]. Gegen Fitting Krieg (§ 603 [2a]) S. 11 fg., Dernburg III § 128 [2]. Dagegen theilt die sachliche Auffassung Fitting's im Wesentlichen Hofmann krit. Studien im r. R. S. 55 fg., indem er nur noch entschiedener betont, daß die Zahlen der Einsetzungstheile nach dem Willen des Erblassers bloße Verhältnisse seien. 2) Merkel (§ 603 [1]) S. 121 fg. wendet gegen das zu Anfang der Note bezeichnete Argument ein, daß auch in der Institutionsportion die Substitutionsportion erworben werde, und doch das R. auf die Substitutionsportion nicht vererblich sei. Ich verstehe diesen Einwand nicht. Durch den Erbschaftsantritt wird Alles

Soldatentestamenten fiel dieses Anwachsungsrecht nach römischem Recht deßwegen weg, weil an die Stelle des Ausfallenden der Intestaterbe berufen wurde[7]; aus dem gleichen Grunde fällt es weg beim heutigen Erbvertrag[8].

2. Bei der Intestaterbfolge werden die sämmtlichen Berufenen zur Erbschaft als demselben Ganzen berufen; daher wächst der Theil eines Nichterwerbenden (wenn nicht successive Berufung eintritt[9]) nicht bloß den Erwerbenden, sondern auch ihren Erben an[10]. Zugleich

---

erworben, worauf der Antretende berufen ist; der auf einen Theil Instituirte ist aber auf die Substitutionsportion als solche nicht berufen, er ist nur auf die „Erbschaft" berufen. Die „Erbschaft" erwirbt er und überträgt sie auf seine Erben, die Substitutionsportion als solche erwirbt er nicht, seine Erben bekommen sie nur als „Erbschaft", und theilen sie daher, wenn der Instituirte Miterben hatte, mit diesen. 3) Strohal (§ 603 [2a]) S. 90 fg. nimmt auch für diesen Fall an, das R. fingire, daß der Erblasser gewollt habe, was er in Wirklichkeit nicht gewollt habe. 4) Köppen System S. 178 fg. sieht den „praktischen Zweck" des Anwachsungsr. in der Abwendung des Concurses über eine Erbschaftsquote, der die Erbschaftsgläubiger gefährden würde, obgleich doch dieser Zweck nur eben das Nichtvacantwerden, nicht die Anwachsung erfordert. K. fügt hinzu, seine „juristische Begründung" finde das Anwachsungsr. in dem „Begriff der Universalsuccession", nach welchem die Erbfolge nur in die ganze Erbschaft oder gar nicht stattfinden könne. Mir scheint auch dem gegenüber die Frage gerechtfertigt: warum soll denn gerade diese Person den ausfallenden Erbtheil erhalten?

[7] L. 37 D. 29, 1. „Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem". Vgl. zum Letzteren l. 3 C. 6, 21. Was die heutige Geltung dieses Satzes angeht, vgl. § 537 [4a].

[8] Vgl. § 537 [8]. — Dasjenige Anwachsungsr., welches darauf beruht, daß der Wille des Erblassers direct Mehreren dasselbe Ganze angewiesen hat, fällt bei dem Erbvertrage so wenig weg, wie es beim Soldatentestament wegfiel. Vgl. Beseler Erbverträge II. 1 S. 280 fg., Mühlenbruch S. 366, Unger § 38 [2].

[9] S. § 573 [5], § 603 [10].

[10] L. 9 D. 38, 16. Auch hier wäre, wenn nicht auch den Erben der Erwerbenden anwüchse, es möglich, das Anwachsungsr. zu construiren ohne Zuhülfenahme der Idee von der Einheit der Erbschaft, und dasselbe einfach aus dem Satze herzuleiten, daß der Erblasser nicht theilweise unbeerbt bleiben könne. Daß aber auch den Erben der Erwerbenden anwächst, beweist, daß alle Berufenen als von Anfang an auf jeden andern Erbtheil, also die Erbschaft, berufen gelten. — Es tritt aber eben Anwachsung ein, d. h. verhältnißmäßige Vergrößerung des ursprünglichen Erbtheils der Erwerbenden; es tritt nicht ein eine neue Vertheilung der Erbschaft zwischen den zum Erwerbe Gelangenden nach demjenigen Vertheilungsmodus, welcher Platz gegriffen haben würde, wenn sie von Anfang allein

aber werden im Fall der Stamm- oder Linientheilung zu je einem Stamm- oder Linientheil als demselben Ganzen die zu diesem Stamm und dieser Linie Gehörigen berufen; daher fällt der Erbtheil eines Stamm- oder Liniengenossen nicht an die sämmtlichen anderen Intestaterben, sondern wächst den zu demselben Stamm und derselben Linie Gehörigen bez. ihren Erben ausschließlich an[11].

[1. Das BGB. hat bei der gesetzlichen Erbfolge den Ausdruck Anwachsung ganz vermieden, vgl. Mot. V S. 375 fg. Wenn ein gesetzlicher Erbe Erbverzicht geleistet hat, enterbt ist, ausschlägt, für erbunwürdig erklärt wird, so wird (vorbehältlich der Bestimmung des § 2349) die Erbschaft so vergeben, wie wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers nicht gelebt hätte. Danach kann sich ergeben, daß der Erbtheil eines anderen gesetzlichen Erben sich erhöht. In Bezug auf Annahme und Ausschlagung wird dann Einheit des Berufungsgrundes angenommen, dagegen in Bezug auf Vermächtnisse, Auflagen, Ausgleichungspflicht werden die Erhöhung und der ursprüngliche Theil als zwei besondere Theile behandelt (1935; vgl. ob. S. 351 fg. unter VI). Das unter 2, g Gesagte gilt auch hier.

2. Dagegen spricht das BGB. von Anwachsung bei der Erbeseinsetzung und zwar sowohl bei der letztwilligen (2094 fg.) wie bei der vertragsmäßigen (2279 Abs. 1). Es gibt aber keine Anwachsung unter dem Einflusse des Satzes nemo pro parte testatus ect. (s. ob. § 537, § 604 zu [6] fg.), sondern nur eine in der Disposition des Erblassers stehende Anwachsung.

a) Voraussetzung ist, daß mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen (2094 Abs. 1 S. 1); dieß ist der Fall, wenn mehrere ohne Bruchtheile eingesetzt, oder Bruchtheile so bestimmt sind, daß sie von selbst oder unter Zuhülfenahme des § 2092 das Ganze decken. Hat der Erblasser durch Erbeseinsetzung nur über einen Theil der Erbschaft verfügt, und tritt der Regel entsprechend für den Rest die gesetzliche Erbfolge ein (2088), so findet keine Anwachsung statt; es wäre denn, daß eine einzelne Erbengruppe auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt ist. Dieser Theil wird als eine kleinere Erbschaft behandelt, welche der Erblasser ganz vergeben hat; unter ihren Theilnehmern findet Anwachsung statt (2094 Abs. 2). Wenn aber der Erblasser, trotzdem er (scheinbar) nur einen Theil der Erbschaft vergab, doch des Willens war, daß die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollten, so schließen sie gemäß § 2089 die gesetzliche Erbfolge aus, und die Anwachsung findet in vollem Umfange statt. In allen Fällen aber, in denen sie nach dem Vorigen an sich eintreten würde, kann der Erblasser sie ausschließen (2094 Abs. 3).

---

berufen worden wären. Es tritt also nicht, wenn neben Ascendenten berufene Geschwister fortfallen, für die Ascendenten statt der Kopftheilung Linientheilung, nicht wenn neben Geschwisterkindern berufene Geschwister wegfallen, für die Geschwisterkinder statt der Stammtheilung Kopftheilung ein. A. M. Viele, und im Besonderen auch Fitting a. a. O. ([6]) auf Grund der von ihm für das Anwachsungsr. aufgestellten Regel, die aber, wie ich glaube, als solche von ihm nicht bewiesen ist. S. das Nähere § 573 [6].

[11] L. 12 pr. D. 37, 4.

b) Ist die Möglichkeit der Anwachsung nach dem unter a Bemerkten gegeben, so tritt sie bei jedem Wegfall eines Erben vor oder nach dem Erbfall ein (2094 Abs. 1 S. 1), also bei Vorversterben, Erbverzicht (2352), Ausschlagung (1953), Erbunwürdigkeit (2344). Wenn der Erblasser dagegen eine einzelne Erbeseinsetzung widerruft, eine einzelne vertragsmäßige ansicht oder von ihr zurücktritt, wenn eine einzelne Erbeseinsetzung nach dem Tode des Erblassers angefochten wird, so ist die Einsetzung als nicht geschehen zu behandeln, und die Erbschaft ist so zu vergeben, als wenn von vorn herein nur die übrig Bleibenden zu Erben eingesetzt wären; es tritt also an sich in den frei werdenden Theil gesetzliche Erbfolge, möglicher Weise Erhöhung der Erbtheile der Eingesetzten gemäß § 2089 ein. Strohal S. 90 fg. (nach [9]), ist der Ansicht, daß auch dann, wenn ein Miterbe unter auflösender Bedingung eingesetzt sei und diese Bedingung eintrete, Anwachsung zu Gunsten der anderen Miterben eintrete, freilich in der Weise, daß dieser Nacherbe werde. M. E. kann der zweite Miterbe Nacherbe des erstgenannten sein; aber ob er es ist, entscheidet sich nach freier Auslegung des Willens des Erblassers; gibt diese Auslegung nicht ausreichenden Anhalt zu seinen Gunsten, so sind die gesetzlichen Erben die Nacherben (2104) und auch wenn der Miterbe Nacherbe des andern wird, liegt kein Fall der Anwachsung vor.

c) Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrecht vor (2099, vgl. § 603 [10]).

d) Die Anwachsung erfolgt im Verhältniß der Erbtheile der Anwachsungsberechtigten (2094 Abs. 1 S. 1), jedoch mit Vorrang derjenigen, welche auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil mit dem Weggefallenen eingesetzt sind (S. 2 das.).

e) Daß die Anwachsung auch den Erben der Anwachsungsberechtigten zu Gute kommt (vgl. § 603 zu [4]), ist unzweifelhaft, und eine einfache Folge davon, daß beim Wegfall eines Erben die Erbschaft so vergeben wird, wie sie zur Zeit des Erbfalls vergeben werden mußte (1953. 2344), (Strohal S. 91 unter 4).

f) Der ursprüngliche Theil und der Anwachsungstheil gelten für Annahme und Ausschlagung als untrennbar, dagegen in Betreff von Beschwerungen und Ausgleichungspflicht als zwei besondere Theile (2095, s. ob. S. 1) dergestalt, daß zwar der Anwachsungsberechtigte die Lasten des anwachsenden Theils trägt (2161. 2192. 2051. 2052, vgl. § 603 zu [11. 12]), aber immer nur mit diesem Theil.

g) Die Nacherbeseinsetzung ergreift im Zweifel entgegen der gemeinrechtlichen Auffassung (§ 603 zu [13. 14]) auch den dem Vorerben anwachsenden Theil (2110 Abs. 1), die Erbschaftsveräußerung dagegen erstreckt sich wie im gemeinen Recht auf einen nach dem Abschluß des Vertrages dem Veräußerer anwachsenden Theil im Zweifel nicht (2373)].

Viertes Kapitel.

Das Rechtsverhältniß des Erben.

I. Im Allgemeinen*.

§ 605.

Der Erbe tritt in das Vermögen des Erblassers und damit in alle einzelnen Vermögensrechtsverhältnisse ein, in welchen der Erb-

lasser stand[1]. Und zwar gehen auf den Erben nicht bloß die fertigen Rechtsverhältnisse des Erblassers über, sondern auch die erst in der Entstehung begriffenen[2], und die von dem Erblasser abgegebenen Willenserklärungen sind bindend für den Erben in demselben Maße, in welchem sie es für den Erblasser waren[3]. Kurz, es gilt für den Erben in vermögensrechtlicher Beziehung das Nämliche, was für den Erblasser galt; es hat sich in vermögensrechtlicher Beziehung nichts geändert, als die Person des berechtigten und verpflichteten Subjects[4].

Jedoch ist dieß nur im Princip wahr. Ausnahmsweise gibt es Rechtsverhältnisse, welche mit der Person des Berechtigten oder Verpflichteten unter- und deßwegen auf den Erben nicht übergehen[5].

---

* Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 8 fg. Arndts RLex. IV S. 17 fg. Köppen System § 1. Lehrbuch § 1. 31. 32. Schirmer § 2. Unger § 40. [Hölder die Stellung des römischen Erben. Sav.-ZS. XVI S. 221 fg. 1895.]

[1] S. § 538 und speciell l. 37 D. 29, 2. „Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant". § 605.

[2] So das R. und die Verpflichtung aus einer bedingten Willenserklärung (I § 89 [6. 7]), das Ersitzungsverhältniß (I § 181, 1). S. noch I § 74 [4].

[3] L. 1 pr. § 1 D. 21, 3. „Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte (te) repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum". L. 73 D. 21, 2, l. 14 C. 3, 32, l. 3 C. 4, 51, l. 14 C. 8, 44 [45], vgl. l. 20 D. 40, 9. Dieselbe Entscheidung wie für die Eigenthumsübertragung findet sich in den Quellen für die Freilassung. L. 31 D. 40, 12, l. 7 C. 7, 16. Ebenso für die Verpfändung; obgleich hier auch die entgegengesetzte Meinung in den Quellen vertreten ist, l. 41 D. 13, 7 gegen l. 22 D. 20, 1. S. darüber I § 230 [9]. Vgl. noch II § 307 [9]. Sf. XXV. 43.

[4] L. 59 D. 50, 17. „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat". L. 177 pr. eod. S. auch Nov. 48 pr.: — „cum ... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem" (§ 528 [7 Ziff. 2]).

[5] Persönliche dingliche Re, I § 202 [4]; persönliche Obligationen, II § 359; das R. aus der Berufung zur Erbschaft, § 600 [1], und das R. aus dem bedingten Vermächtniß, I § 89 [8]; persönliche Privilegien, I § 136 [6]. Ueber Begräbnißstätten und Kirchenstühle s. Glück XI S. 400 fg., Köppen System S. 196 fg. Lehrbuch S. 34 fg. — Auch daß der Besitz auf den Erben nicht übergehe, heben die Quellen ausdrücklich hervor (l. 23 pr. D. 41, 2, l. 30 § 5 eod.), und es verdient insofern hervorgehoben zu werden, als ja der Besitz sonst vielfach von seiner factischen Grundlage abgelöst worden ist (I § 148 a. E.). So ist denn auch andererseits der Nichtübergang des Besitzes auf den Erben geleugnet worden, namentlich von Pfeiffer prakt. Ausführungen I Nr. 15; s. dagegen Mühlenbruch S. 78 fg.; dafür neuerdings Zroblowski Untersuchungen aus dem Oesterr. Civilr. S. 65 fg. und röm. Privatr. II S. 229 fg. Eine historische

Das auf den Erben übergegangene Vermögen führt bei demselben nicht etwa eine besondere juristische Existenz fort, sondern vermischt sich mit seinem übrigen Vermögen zu einer ungetrennten Einheit[6], und daher gehen die Rechte an fremder Sache und die Obligationen, welche zwischen dem Erben und dem Erblasser bestanden, durch den Erbschaftsantritt unter[7]. Durch die Vermischung ist aber nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen das Erbvermögen noch fortwährend als besonderes Vermögen in rechtlichen Betracht kommen kann[8].

Die rechtliche Stellung, in welcher der Erbe sich als solcher befindet, kann man mit einem kurzen Ausdruck Erbrecht[9], wohl auch

---

Untersuchung bei Cosak der Besitz des Erben, Weimar 1877; darüber Brinz kr. VJS. XX S. 155 fg. Vgl. auch Bekker Besitz S. 289 fg., Pininski Thatbestand des Sachbesitzerwerbes I S. 34 fg.

[6] Der Erbe hat nach dem Erbschaftsantritt nicht zwei Vermögen, sondern nach wie vor nur Ein Vermögen. Vgl. Gai. IV, 34 (der Erbe nimmt bei der Verfolgung erblicher Re die intentio aus seiner Person), l. 36 § 2 D. 5, 3 (die durch die Beschädigung ererbter Sachen erzeugte actio „ipsius [sc. heredis] propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem"). — Zu der Auffassung, daß der Erbe nach dem Erbschaftsantritt zwei verschiedene Vermögen habe („neben einander" oder „in einander", vgl. Brinz 1. Aufl. S. 672), werden diejenigen gedrängt, welche in dem Erben die vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers fortleben lassen. S. die Citate in § 528[6]; außerdem noch Unger § 40[2]. Neuerdings für die Auffassung, daß der Erbe nach der Antretung zwar Ein Vermögen habe, aber ein aus zwei verschiedenen Vermögen zusammengesetztes, Birkmeyer über das Vermögen im juristischen Sinn S. 84 fg.

[7] L. 18 D. 8, 1, l. 9 D. 8, 4, l. 70 § 1. l. 84 § 4. l. 116 § 4 D. 30; l. 2 § 18 D. 18, 4, l. 75. 95 § 2 D. 46, 3, u. a. m. S. I § 215, 3. § 248, 4, II § 352.

[8] So namentlich bei der hereditatis petitio (§ 611 fg.) und bei dem Erbschaftsvermächtniß (s. § 662 fg.). S. auch Gai. III, 84: in Folge der Adoption und der in manum conventio geht das ererbte Vermögen des Kindes in der Weise auf den Adoptivvater und den Ehemann über, daß diese selbst Erben werden, und daher auch Schuldner der Erbschaftsgläubiger, während sie aus den eigenen Schulden des Kindes nur indirect haften. Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 87 fg. — Aber das Erbvermögen kommt eben auch nur da als besonderes Vermögen in Betracht, wo das R. dieß ausdrücklich vorgeschrieben hat; darüber hinaus vermag menschliche Willkür nicht zu bewirken, daß es von dem Vermögen des Erben rlich getrennt sei. So namentlich nicht die Willkür des Erben bei der Antretung der Erbschaft. L. 7 § 2 D. 29, 2. „In omni successione, qui ei heres exsitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem".

[9] Ius hereditatis, § 2 I. 2, 2 ([10]), vgl. § 536[3]; ius hereditarium, l. 6 pr. D. 11, 7, l. 37 D. 18, 1, l. 49 D. 17, 1, l. 73 D. 21, 2, l. 91 D. 35, 2.

Erbschaft[10] nennen. Doch empfehlen sich diese Ausdrücke bei ihrer Mehrdeutigkeit[11] als feste technische Bezeichnungen nicht[12].

[Nach dem BGB. ist die Stellung des Erben principiell die gleiche, wie im gemeinen Recht. Er tritt ein in das ganze Vermögen des Erblassers (1922). Es gibt aber unvererbliche Rechte: 1061. 1090 Abs. 2. In Betreff von Forderungen s. II S. 469. — Der Besitz geht auf den Erben über (857). — An und für sich tritt zwischen der Erbschaft und dem Vermögen des Erben eine derartige Vereinigung ein, daß die zwischen dem Erblasser und dem Erben schwebenden Rechtsverhältnisse in so weit untergehen, als überhaupt die Vereinigung nach bürgerlichem Recht solche Folge hat (vgl. II S. 466). Diese Confusion wird aber unter gewissen Voraussetzungen als nicht geschehen behandelt (1976. 1991 Abs. 2). Hierüber Näheres in der Lehre von der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (s. nach § 607).]

---

[10] Es ist nicht sprachwidrig, zu sagen, man habe etwas durch Erbschaft erworben, d. h. eben dadurch, daß man Erbe geworden ist. Vgl. l. 3 § 2 D. 43, 19: — „in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi"; l. 80 D. 31: — „hereditas heredis res singulas facit". Auch sonst kommt in den Quellen der Ausdruck hereditas in dem Sinne von Erbr. vor. So versteht namentlich der § 2 I. 2, 2 unter hereditas „ipsum ius hereditatis", wofür es in der im Uebrigen ganz entsprechenden l. 1 § 1 D. 1, 8 „ius successionis" heißt (s. auch l. 13 § 4 D. 41, 2). S. ferner l. 24 D. 50, 16 (l. 62 D. 50, 17). „Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit". Wie in diese Bedeutung von hereditas die gewöhnliche Bedeutung, in welcher hereditas das Object des Habens bezeichnet, übergeht, zeigt l. 208 D. 50, 16. „Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat". Auch in l. 3 pr. § 1 D. 37, 1 wird der Ausdruck bona definirt als „universitatis successio".

[11] Der Ausdruck „Erbschaft" bezeichnet doch vorzugsweise das ererbte Vermögen, und „Erbrecht" erkennt der Sprachgebrauch auch demjenigen zu, welcher zu einer Erbschaft bloß berufen ist. Vgl. § 536[2].

[12] In früheren Ausgaben [bis zur 3.] war gesagt worden (I. § 137[6]), das Erbr. in dem hier bezeichneten Sinne sei ein dingliches R., ein R. an der Erbschaft als unkörperlicher Sache. Es war allerdings hinzugefügt worden, der nähere Inhalt dieses dinglichen R. sei „das R. . . . in vermögensrlicher Beziehung als Repräsentant des Erblassers behandelt zu werden". Aber wenn dem so ist, wozu frommt es, die Vorstellung eines dinglichen R. überhaupt aufrecht zu halten? Daß diese Vorstellung eine quellenmäßige sei, wird durch die Vindicationsnatur der hereditatis petitio nicht bewiesen (vindicatio in libertatem, vindicatio filii in potestate), nicht einmal durch das „hereditatem *meam* esse" in der intentio; denn mit dem Ausdruck meus wurde auch der Sohn in der Gewalt vindicirt (l. 1 § 2 D. 6, 1), und wer auf den „dominus hereditatis" der l. 49 [48] pr. D. 28, 5 Gewicht legen wollte, käme am Ende auch zu einem dinglichen Re an einem Geschäfte oder einem Processe (dominus negotii, dominus litis). S. auch Brinz 1. Aufl. S. 655. 667. 2. Aufl. § 357[2]. § 397, Wächter II S. 665, Unger § 2[14], Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 118 (vgl. § 528[7 a. E.]). Für das dominium hereditatis neuerdings wieder Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzbuch II S. 6 fg., Birkmeyer a. a. O. S. 84 fg., vgl. S. 313 fg.

Das auf den Erben übergegangene Vermögen führt bei demselben nicht etwa eine besondere juristische Existenz fort, sondern vermischt sich mit seinem übrigen Vermögen zu einer ungetrennten Einheit[6], und daher gehen die Rechte an fremder Sache und die Obligationen, welche zwischen dem Erben und dem Erblasser bestanden, durch den Erbschaftsantritt unter[7]. Durch die Vermischung ist aber nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen das Erbvermögen noch fortwährend als besonderes Vermögen in rechtlichen Betracht kommen kann[8].

Die rechtliche Stellung, in welcher der Erbe sich als solcher befindet, kann man mit einem kurzen Ausdruck Erbrecht[9], wohl auch

---

Untersuchung bei Cosak der Besitz des Erben, Weimar 1877; darüber Brinz kr. VJS. XX S. 155 fg. Vgl. auch Bekker Besitz S. 289 fg., Pininski Thatbestand des Sachbesitzerwerbes I S. 34 fg.

[6] Der Erbe hat nach dem Erbschaftsantritt nicht zwei Vermögen, sondern nach wie vor nur Ein Vermögen. Vgl. Gai. IV, 34 (der Erbe nimmt bei der Verfolgung erblicher Re die intentio aus seiner Person), l. 36 § 2 D. 5, 3 (die durch die Beschädigung ererbter Sachen erzeugte actio „ipsius [sc. heredis] propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem"). — Zu der Auffassung, daß der Erbe nach dem Erbschaftsantritt zwei verschiedene Vermögen habe („neben einander" oder „in einander", vgl. Brinz 1. Aufl. S. 672), werden diejenigen gedrängt, welche in dem Erben die vermögensrliche Persönlichkeit des Erblassers fortleben lassen. S. die Citate in § 528[6]; außerdem noch Unger § 40[2]. Neuerdings für die Auffassung, daß der Erbe nach der Antretung zwar Ein Vermögen habe, aber ein aus zwei verschiedenen Vermögen zusammengesetztes, Birkmeyer über das Vermögen im juristischen Sinn S. 84 fg.

[7] L. 18 D. 8, 1, l. 9 D. 8, 4, l. 70 § 1. l. 84 § 4. l. 116 § 4 D. 30; l. 2 § 18 D. 18, 4, l. 75. 95 § 2 D. 46, 3, u. a. m. S. I § 215, 3. § 248, 4, II § 352.

[8] So namentlich bei der hereditatis petitio (§ 611 fg.) und bei dem Erbschaftsvermächtniß (s. § 662 fg.). S. auch Gai. III, 84: in Folge der Adoption und der in manum conventio geht das ererbte Vermögen des Kindes in der Weise auf den Adoptivvater und den Ehemann über, daß diese selbst Erben werden, und daher auch Schuldner der Erbschaftsgläubiger, während sie aus den eigenen Schulden des Kindes nur indirect haften. Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 87 fg. — Aber das Erbvermögen kommt eben auch nur da als besonderes Vermögen in Betracht, wo das R. dieß ausdrücklich vorgeschrieben hat; darüber hinaus vermag menschliche Willkür nicht zu bewirken, daß es von dem Vermögen des Erben rlich getrennt sei. So namentlich nicht die Willkür des Erben bei der Antretung der Erbschaft. L. 7 § 2 D. 29, 2. „In omni successione, qui ei heres exsitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem".

[9] Ius hereditatis, § 2 I. 2, 2 ([10]), vgl. § 536[3]; ius hereditarium, l. 6 pr. D. 11, 7, l. 37 D. 18, 1, l. 49 D. 17, 1, l. 73 D. 21, 2, l. 91 D. 35, 2.

Vorgefundene zu ihrer Befriedigung werde verwendet werden[5]. Hierfür gelten folgende nähere Regeln.

1. Die bezeichnete Sicherheit muß den Gläubigern gegeben werden durch Errichtung eines Vermögensverzeichnisses (Inventars)[6]. Mit dieser Errichtung muß der Erbe beginnen binnen eines Monats nach erlangter Kunde von der Berufung, und er muß das Inventar vollenden binnen zweier anderer Monate[7]. Befindet sich die Erbschaft ganz oder zum größeren Theil an einem anderen Orte, so hat der Erbe im Ganzen die Frist eines Jahres vom Tode des Erblassers an[7]. Bei der Errichtung muß ein Notar nebst der nöthigen Anzahl von Zeugen zugezogen, und es muß das Inventar vom Erben unterzeichnet werden[8].

2. Die Wirkung der Errichtung eines Inventars ist zunächst die bezeichnete, daß der Erbe den Gläubigern nicht auf Mehr haftet, als das im Inventar verzeichnete Vermögen beträgt[9]. Neben dem In-

---

[5] L. 22 C. 6, 30 vom Jahre 531. Vgl. § 6 I. 2, 19.

[6] Daher spricht man heutzutage von einem beneficium inventarii, Antretung cum oder sub beneficio inventarii. Es braucht aber nicht etwa bei der Antretung die Erklärung abgegeben zu werden, daß man mit dieser Rwohlthat antrete; es genügt die Thatsache der Errichtung eines Inventars. Sf. XIX. 168 Nr. 1, XXVIII. 145, XXXI. 345, XXXV. 139. Liegt andererseits in der Errichtung eines Inventars bereits eine Erbschaftsantretung? Buchholtz S. 407 fg., Mühlenbruch S. 401 fg., Sf. VIII 154. Genügt ein vom Nachlaßcurator errichtetes Inventar? Sf. XXIII. 137.

[7] L. 22 cit. § 2. 3. Mühlenbruch S. 356 fg. 361, Strippelmann S. 6 fg. Schäffer APraktRW. V S. 240. 241. Sf. XVI. 124, XXVI. 251.

[8] L. 22 cit. § 2. Bei der Unterzeichnung des Inventars soll der Erbe den Betrag des Vermögens angeben und die Versicherung hinzufügen, „quod nulla malignitate circa eas (sc. res hereditarias) ab eo facta vel facienda res apud eum remanent“. Nach Nov. 1 c. 2 § 1 muß der Erbe, um sich gegen die Vermächtnißnehmer zu sichern ([11]), auch diese, oder in Abwesenheit derselben drei Zeugen, zuziehen. Vgl. Buchholtz S. 402 fg., Mühlenbruch S. 359 fg., Strippelmann S. 3 unter b. Particularrlich tritt heutzutage Inventarisirung durch das Gericht ein auf die Erklärung des Erben hin, cum beneficio inventarii antreten zu wollen, oder auf das Anbringen der Gläubiger oder Vermächtnißnehmer. Vgl. Mühlenbruch S. 363, Strippelmann S. 3 unter a, Sintenis Anm. [15]. Zu weit geht Seuffert § 572 a. E.; vgl. Brinz 1. Aufl. S. 679 fg., Sf. XIX. 168 Nr. 1, XXXII. 154.

[9] L. 22 cit. § 4: — „ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant . .“. § 5. 7. 12 eod. Dagegen kann er den geschehenen Erbschaftsantritt nicht mehr rückgängig machen, auch nicht mehr innerhalb der Inventarisationspflicht. Vgl. gegen Marezoll ACPra. VIII S. 275, Heimbach a. a. O. S. 943. — Buchholtz a. a. O. S. 420 fg., Vangerow ACPra. XXII S. 173 fg., Strippelmann S. 12 fg. —

ventar kann aber vom Erben noch der Offenbarungseid verlangt werden, und wird er der Unterschlagung überführt, so haftet er auf das Doppelte[10]. Zu einer Prüfung, ob dem sich meldenden Gläubiger nicht ein anderer besser Berechtigter vorgehe, ist der Erbe nicht verpflichtet; er darf die einzelnen Gläubiger befriedigen, wie sie sich melden, und es ihnen überlassen, ihre Ansprüche unter einander auszugleichen[11]. Während der Errichtung des Inventars braucht sich der Erbe auf keinen Erbschaftsanspruch einzulassen[12].

3. Eine weitere Wirkung der Inventarerrichtung ist die, daß der Erbe auch für seine eigenen Forderungen gegen den Erblasser Befriedigung verlangen kann[13], wogegen er freilich ebenso in die Masse

Eine weiter gehende Ansicht nimmt an, daß der Erbe nicht auf Höhe des Nachlasses mit seinem Vermögen, sondern nur mit den Sachen des Nachlasses hafte (nicht „pro viribus hereditatis", sondern „cum viribus hereditatis"). Von dieser Frage handelt gründlich die (Berliner) Inauguraldissertation von G. Casso die Haftung des Benefizialerben nach röm. u. heut R., 1890. Dernburg III § 171 lit. b.

[10] L. 22 cit. § 10. Strippelmann S. 4 fg., Mühlenbruch S. 409 fg.

[11] L. 22 cit. § 4—6. 8. Selbst Vermächtnißnehmer darf er vor den Gläubigern befriedigen. Was das Verhältniß der Gläubiger unter sich angeht, so zieht Justinian's Gesetz ausdrücklich nur die vorstehenden Pfandgläubiger den übrigen Gläubigern vor; aber es ist offenbar in seinem Sinne, daß auch die privilegirten Chirographargläubiger das R. haben sollen, von den gewöhnlichen Chirographargläubigern das ihnen Gezahlte zurückzufordern. Dagegen hat ein gewöhnlicher Chirographargläubiger nicht das R., das einem andern gewöhnlichen Chirographargläubiger Gezahlte von demselben theilweise zurückzufordern. Für den Fall wo das dem schlechter Berechtigten Gezahlte von demselben wegen Zahlungsunfähigkeit nicht eingetrieben werden kann, wird man nicht zu weit gehen, wenn man den zahlenden Erben für haftbar erklärt, welcher wider besseres Wissen gezahlt hat. Alle Zahlungsbefugniß des Erben hört natürlich auf, sobald über die Erbschaft Concurs erkannt ist (im früheren gemeinen R. war die Möglichkeit eines Concurses über die Erbschaft als solche nicht unbestritten, aber s. jetzt KO. § 202 fg. [214 fg.]). Ungegründet ist die Ansicht, daß die Antretung sub beneficio inventarii ohne Weiteres die Einleitung eines concursähnlichen Verfahrens und die Vertheilung der Masse nach Concursgrundsätzen zur Folge habe. Vgl. überhaupt Buchholtz S. 413 fg., Mühlenbruch S. 367 fg., Strippelmann S. 18. 22. 25 fg., Brinz 1. Aufl. S. 677. 678. 679. 2. Aufl. II § 399[15], Unger a. a. O. Anm. 14. 17, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II Nr. 46, Seuffert § 572 a. E., Sintenis Anm.[15], Schäffer APraktRW. V S. 238 fg., Dernburg III § 171 lit. c., Sf. IX. 50, XXV. 247.

[12] L. 22 cit. § 11. Mühlenbruch S. 366, Strippelmann S. 18.

[13] L. 22 cit. § 9. Die Befriedigung darf er sich natürlich aus der Erbschaft selbst nehmen, und er behält das zu seiner Befriedigung Genommene nach denselben Grundsätzen, nach welchen ein fremder Gläubiger das ihm Gezahlte behält. Mühlenbruch S. 371 fg.

einzahlen muß, was er dem Erblasser schuldig war[14]. Der Erbe kann ferner abziehen die Kosten der Inventarerrichtung, sowie andere nothwendige Erbschaftsausgaben, z. B. für die Beerdigung des Erblassers und für die Eröffnung des Testamentes[15].

4. Dadurch, daß der Erbe sich eine Ueberlegungsfrist geben läßt, geht er der Rechtswohlthat des Inventars verlustig; er muß jetzt, wenn er Erbe wird, die Erbschaftsschulden trotz der Errichtung eines Inventars zu ihrem vollen Betrage bezahlen[16]. Nichtsdestoweniger muß er auch in diesem Fall ein Inventar errichten, bei Strafe für den Fall wo er Erbe wird[17], daß er die Vermächtnißnehmer voll befriedigen muß[18], für den Fall wo er nicht Erbe wird, daß die Gläubiger, oder wem sonst jetzt die Erbschaft herauszugeben ist, den Bestand der Erbschaft durch ihren Eid bestimmen können[19].

B. Rechtswohlthat der Gütertrennung*.

§ 607.

Wie die Rechtswohlthat des Inventars bestimmt ist, dem Erben Schutz zu gewähren gegen die Ueberschuldung der Erbschaft, so ist die

---

[14] Dieß sagt das Gesetz nicht ausdrücklich; aber es ist die natürliche Consequenz der Aufrechterhaltung der Forderungen. In gleicher Weise müssen dingliche Re, welche an und für sich durch confusio erloschen wären, zu Gunsten wie zu Lasten des Erben aufrecht bleiben. Vgl. noch Mühlenbruch S. 380 fg., Strippelmann S. 19 fg. — Wenn nun aber in dieser Weise die Wirkungen der confusio ausgeschlossen sind, so darf man doch nicht so weit gehen, zu sagen, daß die Erbschaft dem Erben überhaupt fremd bleibe, nicht sein Vermögen werde. Dieß wird schon dadurch widerlegt, daß das Gesetz ausdrücklich dem Erben die Befugniß gibt, zum Zweck der Befriedigung der Erbschaftsansprüche die Erbschaftssachen zu veräußern, und daß es selbst den Pfandgläubigern nicht gestattet, die veräußerten Sachen von den Erben abzufordern, § 4. 5. 6. 8 leg. cit., vgl. I § 249, Mühlenbruch S. 372 fg. Sf. XIX. 168 Nr. 3, XXVI. 252, XXVIII. 146.

[15] L. 22 cit. § 9. Mühlenbruch S. 365. 366.

[16] L. 22 cit. § 14. Mühlenbruch S. 386 fg.

[17] Erbe aber wird er auch, wenn er innerhalb der Frist nicht ausschlägt, l. 22 cit. § 14 (§ 598 zu [7]).

[18] Nach l. 22 cit. § 14 darf er ihnen die Falcidische Quart nicht abziehen, nach Nov. 1 c. 2 muß er sie selbst über den Bestand der Erbschaft hinaus befriedigen, und das gilt sogar für Soldaten. Mühlenbruch S. 415 fg., Fritz ACPra. XII S. 229 fg. Darf der Erbe seinen Pflichttheil zurückbehalten? Für die Verneinung RG. XXII S. 187.

[19] Wobei aber dem Richter ein Ermäßigungsr. zusteht. L. 22 § 14 cit. Mühlenbruch S. 384 fg.

* Dig. 42, 6 de separationibus. Vgl. Heimbach RLex. I S. 917 fg., Sintenis III § 186, Brinz 1. Aufl. § 157. 2. Aufl. II § 398, Unger § 41.

ventar kann aber vom Erben noch der Offenb… … die Erbschaft werden, und wird er der Unterschlagung überf… …rn, Schutz zu ge- das Doppelte[10]. Zu einer Prüfung, ob … Gläubiger und Ver- biger nicht ein anderer besser Berechtigte… …aß die Erbschaft zunächst verpflichtet; er darf die einzelnen Gl… …det, und erst der Ueber- melden, und es ihnen überlassen, … …den werde[2]; sie müssen aber zugleichen[11]. Während der Er… …ng erwirken[3]. Veräußerungen, der Erbe auf keinen Erbscha… …ung vornimmt, sind zwar nicht

3. Eine weitere Wir… …nnung kann nicht verlangt werden: Erbe auch für seine friedigung verlanger…

Eine weiter gehend… … S. 63 fg. Köppen Lehrb. I § 35. Hofmann lasses mit seiner … fg. (vgl. § 606 *). [Euler, die Lehre von dem bene- (nicht „pro … bonorum Erl. Diss. 1890.] Oertmann, das beneficium dieser Frag… … röm. und heutigen R. Grünh. ZS. XVII S. 257 fg. (1890). die Haft… … Arbeit.) [Bertheau, das Absonderungsr. der Nachlaßgläubiger, § 171 … Oertmann, Separation und Absonderung, Jahrb. für Dogm. … 87 fg. (1895). Boden, das beneficium separationis der Erb- … gläubiger unter der Herrschaft der RCPO. und der RKO., Kiel. Diss. 1896. …mann, Haftung des Nichtbeneficialerben gegenüber den separirenden Nach- 40… laßgläubigern, Erl. Diss. 1896. Baviera, storia e teoria della separatio bonorum nel diritto romano, Roma 1899.]

[1] Und zwar schon nach Digestenrecht.

[2] L. 1 § 1. l. 6 pr. D. 42, 6. Oertmann Grünh. ZS. S. 280—283.

[3] L. 1 pr. § 14 D. 42, 6, l. 2 C. 7, 72. Oertmann Grünh. ZS. S. 280—285. Daß der Erbe im Concurs sei, ist Bedingung der Rwohlthat der Gütertrennung nicht; nicht einmal Nachweis der Ueberschuldung des Erben ist erforderlich. Sf. II. 312, XII. 173, XV. 37. Doch erfordert das letztgenannte Erkenntniß (OAG. zu Rostock) Nachweis, daß der Erbe überhaupt Schulden habe. Vgl. auch Brinz § 398 [2]. — Ebensowenig ist erforderlich, daß die Erbschaft überschuldet sei. Ist zugleich sie und das Vermögen des Erben überschuldet, so wird über sie neben dem Universalconcurs ein Particularconcurs eröffnet. Vgl. II § 272, 2. KO. § 43. 202 fg. [214 fg.] — Ungegründet ist die Ansicht, daß in der Antretung cum beneficio inventarii zugleich eine Separation der Erbschaft zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer liege. Die Antretung cum beneficio inventarii wirkt nur zu Gunsten des Erben; sie bewirkt, daß er den Erbschafts- gläubigern nicht weiter haftet, als bis zum Belange der Erbschaft. Aber sie macht nicht zugleich die Erbschaft zum ausschließlichen Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger. Vgl. Fritz ACPra. XII S. 240 fg., Mühlenbruch XLI S. 378 fg., Arndts RLex. IV S. 20 fg., Sintenis a. a O. Anm. [4] — Zu dieser Note Oertmann Grünh. ZS. S. 285—306.

[4] Richtig ist ja (nach r. Re.) nicht einmal die Veräußerung nach eröffnetem Concurs. S. auch l. 1 § 3 D. 42, 6, wo zwar gesagt wird, daß der Erbschafts- gläubiger demjenigen vorgehe, welchem der Erbe eine Erbschaftssache verpfändet habe, nicht aber, daß dieser kein Pfandr. habe.

[5] L. 2 D. 42, 6. Nach dieser Stelle ist sogar die vor der Separation gemachte Veräußerung anfechtbar, „si . . fraudis incurrat suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent“. Oertmann Grünh. ZS. S. 310—315.

wenn und insoweit der Erbe die Erbschaft in gutem Glauben ver-
' oder mit seinem Vermögen vereinigt hat[6]; b) wenn und inso-
Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, sich
rson des Erben halten zu wollen[7]; c) nach Ablauf von
ı[8]. Durch den Tod des Erben wird die Rechtswohlthat
nung nicht ausgeschlossen[9]. Reicht die Erbschaft zur
Gläubiger nicht aus, so ist es ihnen nicht verwehrt,
Erben Vermögen zu halten[10], jedoch nur für den
nach Befriedigung der Gläubiger des Erben übrig

Ein gleiches Recht, wie den Erbschaftsgläubigern in Betreff der Erbschaft, steht den Gläubigern des Erben in Betreff des Vermögens des Erben nicht zu[12].

[Zur Erbenhaftung nach dem BGB. vgl. Wendt, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ACPra LXXXVI S. 353 fg. 1896. Claussen, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. Erl. Diss. 1896. Kuhlmey, die Haftung des Erben, Rost. Diss. 1897. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßconcurs im neuen Reichsr. Berlin 1898. Böhm, Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. Gruch. Beitr. XLII S. 455 fg., 683 fg. (1898). Wilke, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. Berlin 1898. Eccius, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruch. Beitr. XLIII S. 603 fg., 801 fg. (1899). Goldmann, Ist nach den Bestimmungen des BGB. die Haftung des Erben für die

---

[6] L. 1 § 12. l. 2 D. 42, 6.

[7] Eine stillschweigende Erklärung dieser Art liegt z. B. in der Annahme von Zinsen, eines Pfandes, einer Bürgschaft. L. 1 § 10. 11. 15. 16. l. 7 D. 42, 6, l. 2 C. 7, 72. Oertmann Grünh. ZS. S. 308—310.

[8] L. 1 § 13 D. 42, 6.

[9] L. 1 § 7. 8 D. 42, 6.

[10] In dieser Beziehung widersprechen sich die Quellen. Den im Text aufgestellten Satz spricht aus l. 3 § 2 D. 42, 6, das Gegentheil sagt l. 5 D. 42, 6, s. auch l. 1 § 17 D. 42, 6. Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Mayer § 123 [4]); sie heben sich also gegenseitig auf. Hiernach haben wir über die vorliegende Frage in den Quellen keine maßgebende Entscheidung, und wir müssen dabei stehen bleiben, daß der Erbe durch den Antritt immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist. A. M. Arndts § 524 [3], Hofmann a. a. O. S. 574 fg., Brinz III § 398 [15], Dernburg III § 170, 5, Oertmann Grünh. ZS. S. 316—323.

[11] Dieß sagt auch l. 3 § 2 cit. — Doch können die Erbschaftsgläubiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen, „iustissima scilicet ignorantiae causa allegata", l. 1 § 17 D. 42, 6. Vgl. I § 118 [7].

[12] L. 1 § 2 D. 42, 6: — „nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem". Vgl. l. 1 § 5. 6. l. 6 § 1 D. 42, 6. Oertmann Grünh. ZS. S. 269—272.

Rechtswohlthat der Gütertrennung bestimmt, den auf die Erbschaft Angewiesenen, Gläubigern oder Vermächtnißnehmern, Schutz zu gewähren gegen die Ueberschuldung des Erben. Gläubiger und Vermächtnißnehmer können nämlich verlangen[1], daß die Erbschaft zunächst ausschließlich zu ihrer Befriedigung verwendet, und erst der Ueberschuß den Gläubigern des Erben hingegeben werde[2]; sie müssen aber zu diesem Ende eine richterliche Verfügung erwirken[3]. Veräußerungen, welche der Erbe nach dieser Verfügung vornimmt, sind zwar nicht nichtig[4], aber anfechtbar[5]. Die Trennung kann nicht verlangt werden:

Ubbelohde ACPra. LXI S. 63 fg. Köppen Lehrb. I § 35. Hofmann Grünh. ZS. VIII S. 555 fg. (vgl. § 606 *). [Euler, die Lehre von dem beneficium se arationis bonorum Erl. Diss. 1890.] Oertmann, das beneficium separationis im röm. und heutigen R. Grünh. ZS. XVII S. 257 fg. (1890). (Eine gründliche Arbeit.) [Bertheau, das Absonderungsr. der Nachlaßgläubiger, Gött. Diss. 1891. Oertmann, Separation und Absonderung, Jahrb. für Dogm. XXXIV S. 87 fg. (1895). Boden, das beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger unter der Herrschaft der RCPO. und der RKO., Kiel. Diss. 1896. Graumann, Haftung des Nichtbeneficialerben gegenüber den separirenden Nachlaßgläubigern, Erl. Diss. 1896. Baviera, storia e teoria della separatio bonorum nel diritto romano, Roma 1899.]

§ 607. [1] Und zwar schon nach Digestenrecht.

[2] L. 1 § 1. l. 6 pr. D. 42, 6. Oertmann Grünh. ZS. S. 280—283.

[3] L. 1 pr. § 14 D. 42, 6, l. 2 C. 7, 72. Oertmann Grünh. ZS. S. 280—285. Daß der Erbe im Concurs sei, ist Bedingung der Rwohlthat der Gütertrennung nicht; nicht einmal Nachweis der Ueberschuldung des Erben ist erforderlich. Sf. II. 312, XII. 173, XV. 37. Doch erfordert das letztgenannte Erkenntniß (OAG. zu Rostock) Nachweis, daß der Erbe überhaupt Schulden habe. Vgl. auch Brinz § 398 [2]. — Ebensowenig ist erforderlich, daß die Erbschaft überschuldet sei. Ist zugleich sie und das Vermögen des Erben überschuldet, so wird über sie neben dem Universalconcurs ein Particularconcurs eröffnet. Vgl. II § 272, 2. KO. § 43. 202 fg. [214 fg.] — Ungegründet ist die Ansicht, daß in der Antretung cum beneficio inventarii zugleich eine Separation der Erbschaft zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer liege. Die Antretung cum beneficio inventarii wirkt nur zu Gunsten des Erben; sie bewirkt, daß er den Erbschaftsgläubigern nicht weiter haftet, als bis zum Belange der Erbschaft. Aber sie macht nicht zugleich die Erbschaft zum ausschließlichen Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger. Vgl. Fritz ACPra. XII S. 240 fg., Mühlenbruch XLI S. 378 fg., Arndts RLex. IV S. 20 fg., Sintenis a. a O. Anm. [4] — Zu dieser Note Oertmann Grünh. ZS. S. 285—306.

[4] Nichtig ist ja (nach r. Re.) nicht einmal die Veräußerung nach eröffnetem Concurs. S. auch l. 1 § 3 D. 42, 6, wo zwar gesagt wird, daß der Erbschaftsgläubiger demjenigen vorgehe, welchem der Erbe eine Erbschaftssache verpfändet habe, nicht aber, daß dieser kein Pfandr. habe.

[5] L. 2 D. 42, 6. Nach dieser Stelle ist sogar die vor der Separation gemachte Veräußerung anfechtbar, „si . . fraudis incurrat suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent“. Oertmann Grünh. ZS. S. 310—315.

a) wenn und insoweit der Erbe die Erbschaft in gutem Glauben veräußert oder mit seinem Vermögen vereinigt hat[6]; b) wenn und insoweit die Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, sich an die Person des Erben halten zu wollen[7]; c) nach Ablauf von fünf Jahren[8]. Durch den Tod des Erben wird die Rechtswohlthat der Gütertrennung nicht ausgeschlossen[9]. Reicht die Erbschaft zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, so ist es ihnen nicht verwehrt, sich auch an des Erben Vermögen zu halten[10], jedoch nur für den Ueberschuß, der nach Befriedigung der Gläubiger des Erben übrig bleibt[11].

Ein gleiches Recht, wie den Erbschaftsgläubigern in Betreff der Erbschaft, steht den Gläubigern des Erben in Betreff des Vermögens des Erben nicht zu[12].

[Zur Erbenhaftung nach dem BGB. vgl. Wendt, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ACPra LXXXVI S. 353 fg. 1896. Claussen, ✓ die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. Erl. Diss. 1896. Kuhlmey, die Haftung des Erben, Rost. Diss. 1897. Jaeger, ✓✓ Erbenhaftung und Nachlaßconcurs im neuen Reichsr. Berlin 1898. Böhm, Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. Gruch. Beitr. XLII S. 455 fg., 683 fg. (1898). Wilke, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. Berlin 1898. ✓ Eccius, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruch. Beitr. XLIII S. 603 fg., 801 fg. (1899). Goldmann, Ist nach den Bestimmungen des BGB. die Haftung des Erben für die

---

[6] L. 1 § 12. l. 2 D. 42, 6.

[7] Eine stillschweigende Erklärung dieser Art liegt z. B. in der Annahme von Zinsen, eines Pfandes, einer Bürgschaft. L. 1 § 10. 11. 15. 16. l. 7 D. 42, 6, l. 2 C. 7, 72. Oertmann Grünh. ZS. S. 308—310.

[8] L. 1 § 13 D. 42, 6.

[9] L. 1 § 7. 8 D. 42, 6.

[10] In dieser Beziehung widersprechen sich die Quellen. Den im Text aufgestellten Satz spricht aus l. 3 § 2 D. 42, 6, das Gegentheil sagt l. 5 D. 42, 6, s. auch l. 1 § 17 D. 42, 6. Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Mayer § 123[4]); sie heben sich also gegenseitig auf. Hiernach haben wir über die vorliegende Frage in den Quellen keine maßgebende Entscheidung, und wir müssen dabei stehen bleiben, daß der Erbe durch den Antritt immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist. A. M. Arndts § 524[3], Hofmann a. a. O. S. 574 fg., Brinz III § 398[15], Dernburg III § 170, 5, Oertmann Grünh. ZS. S. 316—323.

[11] Dieß sagt auch l. 3 § 2 cit. — Doch können die Erbschaftsgläubiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen, „iustissima scilicet ignorantiae causa allegata", l. 1 § 17 D. 42, 6. Vgl. I § 118[7].

[12] L. 1 § 2 D. 42, 6: — „nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem". Vgl. l. 1 § 5. 6. l. 6 § 1 D. 42, 6. Oertmann Grünh. ZS. S. 269—272.

Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich eine beschränkte oder eine unbeschränkte? Gruch. Beitr. XLIII S. 428 fg. (1899). Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. Hannover 1899. Planck, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Deutsche Jur.-Zeit. IV S. 365 fg. (1899). Goldenring, das. S. 436 fg. Rüger sächs. ABR. IX S. 471 fg. (1899). Nach BGB. ist die Errichtung eines Erbschaftsinventars nicht das Mittel, um dem Erben die beschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu erwerben, andererseits gibt es keine besondere Erbittung der separatio bonorum durch die Gläubiger. Die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gestaltet sich vielmehr in den Grundzügen, auf welche wir des Raumes wegen uns hier beschränken müssen, in folgender Weise:

I. Nachlaßverbindlichkeiten sind die nachgelassenen Schulden des Erblassers, dann die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten; insbesondere Pflichttheile, Vermächtnisse und Auflagen (1967 Abs. 2), auch die gesetzlichen Vermächtnisse der §§ 1932. 1969, die Beerdigungskosten (1968), die Verpflichtungen aus der Geschäftsführung eines Nachlaßverwalters im weitesten Sinne — Nachlaßpfleger (1960), Nachlaßverwalter (1985), Nachlaßconcursverwalter, Testamentsvollstrecker, provisorischer Erbe, der demnächst ausschlägt (1959), beschränkt haftender Erbe (1978. 1991 Abs. 1) und zwar sowohl die in Vertretung des Nachlasses gültig durch solche Personen contrahirten Verbindlichkeiten, wie deren eigene Ersatzansprüche aus ihrer Geschäftsführung (vgl. hierzu KO. 224 Ziff. 1. 5. 6).

II. Ob der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten principiell unbeschränkt haftet und nur durch besondere Umstände die Beschränkung der Haftung begründet wird, oder ob er principiell beschränkt haftet und nur ausnahmsweise unbeschränkt haftbar wird, ist bestritten. Für Ersteres u. a.: Wendt a. a. O., Jaeger a. a. O. bes. S. 1. 2., Boehm a. a. O. S. 459 fg. (auch Erbr. S. 335 fg.), Planck a. a. O., Goldenring a. a. O., Rüger a. a. O., Strohal, Erbr. 1. Aufl. § 34 S. 128 fg., Planck-Ritgen vor § 1967 S. 65 fg., Endemann III § 88 fg., Cosack III § 380; für letzteres u. a.: Kuhlmey a. a. O., Claussen a. a. O., Eccius a. a. O., Goldmann a. a. O., Münchmeyer a. a. O., Frommhold zu § 1967 unter 1. Die Möglichkeit dieses Streites erklärt sich aus der widerspruchsvollen Ausdrucksweise des Gesetzes. Für die prinzipiell unbeschränkte Haftung spricht § 1967 Abs. 1 und die Stellen, welche, wie § 1973. 1975. 1990 Abs. 1, die beschränkte Haftung von besonderen Voraussetzungen abhängig machen (s. auch die Ueberschrift vor § 1975). Für die entgegengesetzte Auffassung läßt sich anführen, daß die „unbeschränkte Haftung des Erben“ als nachgestellte Ausnahme in den § 1993 fg. behandelt wird, wie denn auch in § 1994 Abs. 1 S. 2 die unbeschränkte Haftung von der besonderen Voraussetzung der Versäumung der Inventarfrist abhängig gemacht wird. Die unbeschränkte Haftung im Sinne dieser Bestimmungen kann aber zufolge § 2013 aufgefaßt werden als eine unbeschränkbare Haftung, eine Haftung, welche der sonst möglichen Beschränkung nicht mehr unterliegt. Der Gesammtinhalt des Gesetzes ergibt: Die Haftung des Erben ist an sich unbeschränkt, sie kann auf Grund bestimmter, dem Erben zu Statten kommender Maßregeln — Nachlaßverwaltung, Concurs, Aufgebotsverfahren — oder Thatsachen — Geringfügigkeit der Masse, fünfjährige Säumniß eines Gläubigers — eine be-

schränkte sein; die Wirkung dieser Maßregeln und Thatsachen aber ist ausgeschlossen in den Fällen der unbeschränkten Haftung, nämlich, wenn der Erbe eine ihm auf Antrag eines Gläubigers gerichtlich gesetzte Inventarfrist versäumt, oder wenn er einen Dolus in Bezug auf das Inventar begeht; einzelnen Gläubigern gegenüber tritt die Unbeschränkbarkeit der Haftung auch ein durch Verweigerung des Offenbarungseides, allen oder einzelnen gegenüber durch Verzicht auf die Beschränkbarkeit oder die bereits eingetretene Beschränkung der Haftung. Die in Folge eines Aufgebotsverfahrens oder fünfjähriger Säumniß einmal eingetretene Beschränkung der Haftung wird aber durch Versäumniß der Inventarfrist, Dolus in Bezug auf das Inventar und wohl auch durch Verweigerung des Offenbarungseides nicht wieder verloren.

Unverlierbar für den Erben (es wäre denn im Falle des Verzichtes) ist der Satz, daß der Erbe vor Annahme der Erbschaft nicht gerichtlich in Anspruch genommen werden kann (1958); die Inventarfrist kann vor Annahme der Erbschaft überhaupt nicht laufen (1995 Abs. 2). Dagegen gehen die aufschiebenden Einreden (2014 fg.), welche dem Erben Zeit zur Orientirung verschaffen sollen, die Einrede der ersten drei Monate und des schwebenden Aufgebotsverfahrens, in den Fällen der unbeschränkten Haftung ebenfalls verloren (2016). Soviel die processuale Geltendmachung der beschränkten Haftung des Erben angeht, so bleibt es auch im neuen Recht dabei, daß der Erbe, um der Zwangsvollstreckung gegenüber die Beschränkung seiner Haftung geltend machen zu können, sie sich im Urtheil vorbehalten lassen muß (CPO. 780, vgl. früher 695), und daß sie auch dann in der Zwangsvollstreckung solange unberücksichtigt bleibt, bis der Erbe auf ihren Grund hin Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erhebt (CPO. 781, vgl. früher 696). Der Vorbehalt im Urtheil ist nicht erforderlich, wenn das Urtheil gegen den Fiscus als gesetzlichen Erben erlassen wird (CPO. 780 Abs. 2), weil dem Fiscus in dieser Eigenschaft keine Inventarfrist bestimmt werden kann (2011), er also nicht durch Verletzung des Inventarrechts der Gläubiger (sondern nur durch Verzicht) unbeschränkt haftbar werden kann, und weil er, als nicht ausschlagungsfähig (1942 Abs. 2) der besonderen Wahrung der beschränkten Haftung bedarf. Der Vorbehalt ist ferner nicht erforderlich, wenn ein Nachlaßverwalter (1975 fg.) oder ein anderer Nachlaßpfleger (1960 fg.), oder ein verwaltender Testamentsvollstrecker verurtheilt wird (CPO. 780 Abs. 2). Auch ihnen kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden, was das Gesetz von dem Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter ausdrücklich sagt, ebenso wie es ausspricht, daß diese nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten können (2012, vgl. auch 2000); von dem Testamentsvollstrecker gilt selbstverständlich nach seiner ganzen Stellung das gleiche. Er kann gar nicht im Sinne der § 1993 fg. inventarisiren, sondern nur dem Erben Beihilfe dazu leisten (2215); er kann auf die Beschränkung der Haftung der Erben nicht verzichten, weil das völlig jenseits der Verwaltung des Nachlasses liegt. Von der Frage, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet, ist völlig zu sondern die Frage, ob ein Miterbe für eine Nachlaßverbindlichkeit solidarisch oder nur pro rata seines Erbtheils haftet. Diese Frage behandelt das BGB. im Titel von der Mehrheit der Erben (2058 fg.; vgl. unten zu § 608).

Aufgebotsverfahren, Concurs und Nachlaßverwaltung bleiben möglich, auch wenn der Erbe unbeschränkt haftbar geworden ist; sie haben aber dann nicht mehr

die Wirkung, eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen, vielmehr dienen dann Verwaltung und Concurs nur der Separation der Erbschaft zu Gunsten der Nachlaßgläubiger im Gegensatz zu den Gläubigern des Erben, eine Wirkung, die sie, wenn der Erbe noch nicht unbeschränkt haftbar geworden war, neben der Herbeiführung der beschränkten Haftung ausüben. Mit Bezug auf den Nachlaß treten die im Aufgebotsverfahren nicht gemeldeten Gläubiger hinter die Gemeldeten auch bei unbeschränkter Erbenhaftung zurück (s. unt. III, 4).

III. Das Aufgebotsverfahren (1970 fg.) hat den Zweck, dem Erben Kenntniß von dem Stande der Passiven zu verschaffen.

1. Pflichttheile, Vermächtnisse und Auflagen kann der Erbe, im Allgemeinen wenigstens, auch ohne Aufgebotsverfahren kennen lernen; deßhalb werden diese Verbindlichkeiten von dem Aufgebotsverfahren nicht berührt (1972; vgl. jedoch 2060). Unberührt bleiben auch Pfandgläubiger und sonstige Gläubiger, welche ein besonderes Recht auf Befriedigung aus bestimmten Gegenständen, ein Recht aus einer Vormerkung im Grundbuche (883), oder einen im Concurs wirksamen Anspruch auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Erbmasse haben, sie alle jedoch nur, insoweit es sich um den besonderen Gegenstand ihres Rechtes handelt, nicht, insofern sie darüber hinaus Ansprüche gegen den Erben geltend machen können (1971). Denjenigen Gläubigern, welche danach dem Aufgebotsverfahren unterliegen, haftet der Erbe, wenn sie im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind, nur beschränkt nach folgenden Grundsätzen:

2. Er kann ihre Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Nur mit einem etwaigen Ueberschuß haftet er ihnen und zwar nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung (1973 Abs. 1 S. 1. Abs. 2 S. 1), demzufolge wird seine Haftung den Ausgeschlossenen gegenüber durch jede Leistung gemindert, welche der Erbe mit Mitteln der Erbschaft an einen nicht ausgeschlossenen Gläubiger bewirkt. Selbst wenn der Erbe einem nur angeblichen Gläubiger zahlt, der in Wahrheit nichts zu fordern hat, so hat er den ausgeschlossenen Gläubigern nur die damit erworbene condictio indebiti zur Verfügung zu stellen. Hat er einem nicht ausgeschlossenen Gläubiger aus eigenen Mitteln gezahlt, so kann er das Aufgewandte als Minderung seiner Bereicherung den ausgeschlossenen Gläubigern in Rechnung stellen. Nur Pflichttheile, Vermächtnisse und Auflagen, welche ihrem ganzen Wesen nach hinter allen andren Gläubigern zurückstehen müssen, darf der Erbe auch einem ausgeschlossenen Gläubiger dann nicht vorziehen, wenn derselbe seine Forderung vor ihrer Befriedigung geltend macht, d. h. den Wunsch, befriedigt zu werden, zu erkennen giebt (1973 Abs. 1 S. 2). Hat er dieß nicht gethan, so muß er sich die geschehene Erfüllung jener Verpflichtungen gefallen lassen; im entgegengesetzten Falle aber kann der Erbe dasjenige, was er zu ihrer Erfüllung aus Eigenem verwandt hat, als eine Minderung seiner Bereicherung nicht anrechnen, und muß für dasjenige, was er zu gleichem Zwecke aus der Erbschaft verwandt hat, Ersatz leisten.

3. Der Erbe kann sich darauf beschränken, den ausgeschlossenen Gläubigern den Ueberschuß der Erbschaft nach Maßgabe des Vorigen zum Zwecke ihrer Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen, kann aber auch sich die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung ihres Werthes

erhalten. Eine Reihenfolge in der Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger ist ihm nicht vorgeschrieben; das einem Geleistete mindert die Haftung gegenüber den übrigen; schon die rechtskräftige Verurtheilung des Erben gegenüber einem ausgeschlossenen Gläubiger hat die gleiche Wirkung, weil der Erbe nun nicht mehr vermeiden kann, diesem Gläubiger nach Maßgabe der Verurtheilung zu leisten (1973 Abs. 2).

4. Ist der Erbe allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden, so kann er das Aufgebot nicht mehr beantragen (CPO. 991 Abs. 1). Der § 2013 BGB. schließt aber für diesen Fall nur die dem Erben günstige Wirkung eines Aufgebotsverfahrens (1973), nicht dieses Verfahren selbst (1970) aus, und es scheint danach zulässig zu bleiben. Beantragt werden kann es von einem Nachlaßpfleger, also auch vom Nachlaßverwalter im engeren Sinne, oder von einem verwaltenden Testamentsvollstrecker (CPO. 991 Abs. 2). Der Nachlaßverwalter macht sich sogar unter Umständen den Gläubigern verantwortlich, wenn er den Antrag auf Aufgebotsverfahren unterläßt (1985 Abs. 2. 1980 Abs. 2), und auch diese Vorschrift ist im § 2013 von der Anwendung bei unbeschränkter Haftung des Erben nicht ausgeschlossen (ausgeschlossen ist § 1980, aber nicht das Citat desselben in § 1985). Die CPO. nimmt nun aber bei der Fassung des im Aufgebotsverfahren zu stellenden Präjudizes (CPO. 995), auf den Fall der unbeschränkten Erbenhaftung keine Rücksicht. Hält man das Aufgebotsverfahren dennoch in solchem Falle für anwendbar, so muß das Präjudiz dahin modificirt werden, daß die ausgeschlossenen Gläubiger vorbehaltlich ihres Rechts, den Erben persönlich in Anspruch zu nehmen, aus der Erbschaft erst hinter den Nichtausgeschlossenen, aber vor Pflichttheilen, Vermächtnissen und Auflagen Befriedigung verlangen können. Ist der Erbe nur einzelnen Gläubigern unbeschränkt haftbar geworden, so kann er das Aufgebotsverfahren mit Wirkung gegen die übrigen durchführen.

5. Ist das Aufgebotsverfahren durchgeführt, so kann dem Erben noch eine Inventarfrist gesetzt werden, und zwar ist dieser Act auch dann wirksam, wenn der Antragsteller ein ausgeschlossener Gläubiger ist; denn er ist sogar dann wirksam, wenn der Antragsteller gar nichts zu fordern hat (1994 Abs. 2). Die Versäumniß der Inventarfrist jedoch und ein Dolus bei der Inventarerrichtung kommt den ausgeschlossenen Gläubigern nicht mehr zu Gute (2013 Abs. 1 S. 2). Folgerichtig ist danach aber auch, daß, wenn der Erbe einem dieser Gläubiger den Offenbarungseid verweigert (2006), der Erbe demselben hierdurch nicht unbeschränkt haftbar wird; denn wenn diese Folge selbst bei erwiesener doloser Unrichtigkeit des Inventars nicht eintritt, so kann sie auch nicht bei Verweigerung eidlicher Bekräftigung des Inventars eintreten.

IV. Die fünfjährige Säumniß. Auch wenn kein Aufgebotsverfahren stattgefunden hat, soll der Erbe geschützt werden gegen die Anforderungen von Gläubigern, welche erst längere Zeit nach dem Tode des Erblassers auftauchen. Daher bestimmt § 1974: Ein Gläubiger, der seine Forderung erst fünf Jahre nach dem Erbfalle dem Erben gegenüber geltend macht, steht einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger gleich, es sei denn, daß seine Forderung dem Erben vor Ablauf jener Frist bekannt geworden ist, gleichviel auf welchem Wege, oder daß sie in einem etwa angestellten Aufgebotsverfahren vor Ablauf der fünf

Jahre angemeldet ist. Die bevorzugten Gläubiger des § 1971 sind auch von der Vorschrift des § 1974 befreit (1974 Abs. 3), nicht aber Pflichttheile, Vermächtnisse und Auflagen. Es ist daher für die aus jenen Verbindlichkeiten Berechtigten eine Vorsichtsmaßregel, sich in einem etwaigen Aufgebotsverfahren zu melden, weil sie hierdurch gegen die Folge des § 1974 geschützt werden. Da sie an sich diesem Paragraphen unterliegen, so mußte das Gesetz auch bestimmen, wie eine derartige Forderung, wenn sie durch fünfjährige Säumniß zurückgesetzt ist, sich zu anderen Verbindlichkeiten des gleichen Kreises verhält. Hierüber bestimmt § 1974 Abs. 2: der Erbe hat die zurückgesetzte Verbindlichkeit vor anderen des gleichen Kreises, mögen sie ebenso zurückgesetzt sein oder nicht, dann zu befriedigen, wenn sie ihnen im Falle des Concurses vorgehen würde (vgl. KO. 226 Ziff. 4. 5, BGB. 2189) und vor der Befriedigung jener geltend gemacht wird. Die Zurücksetzung durch fünfjährige Säumniß kann nicht mehr eintreten, wenn der Erbe allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden ist. Ein einzelner Gläubiger, dem gegenüber der Erbe auf die beschränkte Haftung verzichtet oder der auf Offenbarungseid gedrungen hat, kann durch fünfjährige Säumniß nicht mehr zurückgesetzt werden, weil der Erbe die Forderung kennt. Ist die Zurücksetzung eingetreten, so gilt, wenn später der Erbe eine Inventarfrist versäumt, einen Dolus bei der Inventarerrichtung begeht, oder dem Zurückgesetzten den Offenbarungseid verweigert, das Entsprechende, wie, wenn Gleiches nach durchgeführtem Aufgebotsverfahren eintritt (2013 Abs. 1, vgl. ob. III, 5).

V. Die Nachlaßverwaltung. Jaenke die Nachlaßverwaltung nach dem BGB. Rost. Diss. 1898. Aufgebotsverfahren und fünfjährige Säumniß treffen in ihren Folgen einzelne Gläubiger. Das ordentliche Mittel, um allen Gläubigern gegenüber die beschränkte Haftung herbeizuführen, ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung (1975).

1. Diese zu beantragen (1981 Abs. 1) hat der Erbe nicht mehr das Recht, wenn er allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden ist (2013 Abs. 1 S. 1), wohl dagegen, wenn er nur einzelnen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (2013 Abs. 2). Diesen gegenüber hat dann aber die Anordnung der Verwaltung keine Beschränkung der Haftung mehr zur Folge. Die Anordnung der Verwaltung hat zugleich die Wirkung eines beneficium separationis zu Gunsten der Nachlaßgläubiger (1984 Abs. 2). Darum ist auch ihnen ein Antragsrecht beigelegt (1981 Abs. 2). Ist der Erbe vor Anordnung der Verwaltung allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden, so steht die Separationswirkung für sich allein da.

2. Die Anordnung der Verwaltung hebt rückwirkend die eingetretenen Confusionen auf (1976), und zwar auch dann, wenn der Erbe unbeschränkt haftet; dieß ist nöthig wegen der Separationswirkung. Dagegen gelten die Vorschriften der §§ 1977—1980 nur für den Fall, daß der Erbe noch nicht allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden war (2013 Abs. 1 S. 1. Abs. 2). Wenn ein Nachlaßgläubiger vor Anordnung der Verwaltung seine Forderung gegen eine Privatforderung des Erben aufgerechnet hat, und zwar ohne Zustimmung des Erben, so gilt die Aufrechnung nach Anordnung der Verwaltung als nicht geschehen (1977 Abs. 1). Diese Schutzvorschrift für den Erben wird überflüssig, wenn er unbeschränkt haftet. Hat der Erbe der Aufrechnung zugestimmt,

oder seinerseits die Aufrechnung erklärt, so hat er den Nachlaßgläubiger aus eigenen Mitteln befriedigt, und es gilt § 1979. Hat ein Nachlaßschuldner eine Privatforderung gegen den Erben zur Aufrechnung gebracht, so gilt die Aufrechnung nach Anordnung der Verwaltung ebenfalls als nicht geschehen. (1977 Abs. 2). Dieß müßte freilich streng genommen im Interesse der Separationswirkung auch dann gelten, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Für die von dem Erben vor Anordnung der Nachlaßverwaltung geführte Verwaltung kommen bis zur Annahme der Erbschaft die Sätze über Geschäftsführung ohne Auftrag, nach der Annahme diejenigen über den Auftrag zur entsprechenden Anwendung (1978). Dieß ist überflüssig, wenn der Erbe unbeschränkt haftet; denn dann haftet er den Gläubigern ohnehin mit eigenem Vermögen, und Aufwendungen auf die Erbschaft mindern von selbst den Zuschuß, den er den Gläubigern über die Erbschaft hinaus zu leisten hat, oder kommen ihm in Gestalt eines Ueberschusses von selbst zu statten. Berichtigt der Erbe vor Anordnung der Verwaltung Nachlaßverbindlichkeiten, so müssen die übrigen Gläubiger dieß als für Rechnung des Nachlasses geschehen dann gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, der Nachlaß reiche zur Befriedigung aller aus (1979). Auch dieser Bestimmung bedarf es nicht, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Deßgleichen bedarf es in diesem Falle keiner besonderen Haftung des Erben, der fahrlässig Concurseröffnung zu beantragen unterläßt (1980). Von einer Haftung wegen Unterlassens des Antrages auf das Aufgebotsverfahren kann in jenem Falle umsoweniger die Rede sein, als der unbeschränkt haftende Erbe diesen Antrag gar nicht stellen kann (CPO. 991 Abs. 1).

3. Der Erbe, welcher noch nicht unbeschränkt haftbar geworden war, kann nach Anordnung der Nachlaßverwaltung die Aufhebung der zu Gunsten eines Nachlaßgläubigers in sein Privatvermögen geschehenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln verlangen (CPO. 784). Während der Dauer der Verwaltung kann die Haftung nicht durch Versäumniß der Inventarerrichtung unbeschränkt werden (2000 S. 1. 2), m. a. W., es kann von dem Erben während der Dauer der Verwaltung keine Inventarerrichtung verlangt werden, da der Verwalter den Nachlaß in der Hand hat. Deßhalb aber kann auch durch Dolus bei der Inventarerrichtung oder durch Verweigerung des Offenbarungseides die beschränkte Haftung nicht verwirkt werden. Die Verantwortung des Erben für seine vor der Anordnung der Verwaltung bethätigte Geschäftsführung (1978) umfaßt zwar seine Pflicht zu Auskunft, Rechenschaft und Offenbarungseid (666. 681 S 2. 259 fg.), aber dieser Offenbarungseid ist nicht der des § 2006. Nur ein Verzicht kann den Erben bei währender Verwaltung der beschränkten Haftung berauben.

4. Die Verwaltung ist eine Pflegschaft mit dem besonderen Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (1975. 1985 Abs. 1). Der Erbe hat während der Verwaltung nicht das Recht, den Nachlaß zu verwalten, oder über ihn zu verfügen (1984 Abs. 1). Der Verwalter ist gesetzlicher Vertreter des Nachlasses; er steht im allgemeinen wie ein Vormund (1915); s. aber 1987. 1981 Abs. 3. Der Nachlaß ist dem Erben erst auszuantworten, wenn die bekannten Nachlaßgläubiger befriedigt sind (1986 Abs. 1, s. auch Abs. 2 das. und vgl. KO. 154, CPO. 916 Abs. 2). Der Verwalter haftet für seine Amtsführung nicht nur dem Erben, sondern auch den Nachlaßgläubigern (1985 Abs. 2). Er hat insbesondere,

sobald sich Ueberschuldung des Nachlasses herausstellt, die Concurseröffnung zu beantragen. Der Kenntniß der Ueberschuldung steht Kennenmüssen gleich (1985 Abs. 2. 1980 Abs. 1. Abs. 2 S. 1). Wenn der Verwalter Anlaß hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen, so hat er das Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu beantragen, es sei denn, daß die Kosten dieses Verfahrens dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnißmäßig groß wären (1985 Abs. 2. 1980 Abs. 2 S. 2).

5. Die Verwaltung endet mit Eröffnung des Nachlaßconcurses (1988 Abs. 1); sie kann aufgehoben werden, wenn sich herausstellt, daß eine die Kosten lohnende Masse nicht vorhanden ist. (1988 Abs. 2), wie sie aus gleichem Grunde abgelehnt werden kann (1982). Sie endigt mit Erledigung ihrer Aufgabe (1918 Abs. 3).

6. Die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens auf Antrag des Verwalters stellt die nicht gemeldeten Gläubiger, wenn der Erbe nicht unbeschränkt haftbar geworden war, ebenso zurück, wie wenn der Erbe selbst das Aufgebot veranlaßt hätte. Erhält also der Erbe den Nachlaß ausgeantwortet vor ihrer Befriedigung, so haftet er ihnen nur nach Maßgabe des § 1973. Erhält er dagegen den Nachlaß, während Gläubiger noch unbefriedigt sind, die sich im Aufgebotsverfahren gemeldet hatten, oder ohne daß ein Aufgebotsverfahren stattgefunden hat, so haftet den unbefriedigten Gläubigern der Verwalter (vgl. 4). Der Erbe haftet ihnen nur mit dem, was er vom Nachlaß erhalten hat; denn nirgends ist gesagt, daß die Beschränkung der Haftung, welche die Anordnung der Verwaltung herbeigeführt hat, mit deren Ende wieder wegfällt; der Erbe hat aber nicht den Vorzug, nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung zu haften, und genießt auch sonst nicht die Vorzüge des § 1974. Er kann nicht sich die vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung ihres Werthes erhalten; er kann nicht Alles, was er anderen Gläubigern gezahlt hat, als Minderung seiner Bereicherung den späteren anrechnen, sondern die Anrechnung wird nur nach Analogie des § 1979 stattfinden können. Er steht also so da, wie im Falle des § 1990. Es steht aber nichts im Wege, daß der Erbe jetzt noch selbst ein Aufgebotsverfahren veranlaßt, wenn der Verwalter dieß versäumt hatte. Auch zum Nachlaß-Concurs kann es nach dem Ende der Verwaltung sehr wohl noch kommen. Ein vom Verwalter trotz unbeschränkter Haftung des Erben durchgeführtes Aufgebotsverfahren kann nur die oben III, 4 angegebene Bedeutung haben.

7. Die Möglichkeit, eine unbeschränkte Haftung des Erben herbeizuführen, kehrt nach der Beendigung der Verwaltung zurück. Nunmehr (vgl. 2000 S. 2) kann dem Erben eine für die unbefriedigt gebliebenen Gläubiger wirksame Inventarfrist gesetzt werden; er kann also auch aus den gewöhnlichen Gründen unbeschränkt haftbar werden. Nur insofern vor, während oder nach der Verwaltung Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen oder durch fünfjährige Säumniß zurückgesetzt sind, hat es für sie bei den damit eingetretenen Nachtheilen sein Bewenden. Ist die Verwaltung aufgehoben, weil die Masse den Kosten nicht entspricht, so gelten die besonderen Sätze der §§ 1990. 1991 (s. unt. VII).

VI. Die Eröffnung des Nachlaßconcurses setzt die Ueberschuldung des Nachlasses voraus (KO. 215). Auf die Einzelheiten des Nachlaßconcurses kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es sei nur Folgendes hervorgehoben.

1. Das Recht, die Concurseröffnung zu beantragen ist auch dem unbeschränkt haftenden Erben nicht versagt (KO. 216), um bei der Frage der Concurseröffnung die vielfach schwierige Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung nicht der Beantwortung unterstellen zu müssen. Die etwa schwebende Nachlaßverwaltung endet mit der Concurseröffnung (1988 Abs. 1), eben so wie ein etwaiges Aufgebotsverfahren (CPO. 993). Die Rolle beider übernimmt der Concurs selbst. War der Erbe noch nicht allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden, so beschränkt die Concurseröffnung seine Haftung auf den Nachlaß (1975). Diese Wirkung tritt, so weit der Erbe unbeschränkt haftbar geworden war, nicht ein (2013). Der Concurs separirt zugleich die Erbschaft zu Gunsten der Nachlaßgläubiger (KO. 226). War der Erbe noch nicht unbeschränkt haftbar geworden, so kann die unbeschränkte Haftung während der Dauer des Concurses nicht anders als durch Verzicht herbeigeführt werden (2000 S. 1. 2). Die Eröffnung des Concurses hebt, wie die Anordnung der Verwaltung, rückwirkend die Confusionen auf (1976), ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe unbeschränkt oder beschränkt haftet, daher kann auch der Erbe die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche im Concurse geltend machen (KO. 225 Abs. 1). Nur für den Fall der beschränkten Haftung dagegen gelten auch hier die Vorschriften der §§ 1977—1980, s. auch KO. 223. 224 Nr. 1. Hat der Erbe eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, und gilt die Berichtigung nicht als für Rechnung des Nachlasses erfolgt, so tritt der Erbe, der nicht unbeschränkt haftbar geworden ist, an die Stelle des befriedigten Gläubigers, KO. 225 Abs. 2; denn wenn der letztere unbefriedigt geblieben wäre, so machte er den übrigen Gläubigern eine Concurrenz, die der Erbe ihnen durch die Befriedigung jenes abgenommen hat; müssen dagegen die Gläubiger gemäß § 1979 die Befriedigung als für Rechnung des Nachlasses geschehen anerkennen, so ist die Ersatzforderung des Erben Masseschuld (KO. 224 Nr. 1). Haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, so gilt weder dieß noch jenes, da der Erbe, was er als Massegläubiger oder Concursgläubiger den übrigen Gläubigern entzöge, ihnen doch wieder leisten müßte, und er das, was an Ueberschuß bleibt, von selbst erhält. Haftet der Erbe einem einzelnen Gläubiger unbeschränkt und meldet sich dieser im Concurse nicht, so kann es der Erbe an seiner statt thun (KO. 225 Abs. 3), denn wenn der Gläubiger sich meldete, so entzöge er den übrigen Gläubigern einen bestimmten Betrag; meldet er sich nicht, so fällt dieser Betrag auf den unbeschränkt haftenden Erben, der aus Billigkeitsrücksichten dafür den gleichen Betrag den andern Gläubigern soll vorenthalten dürfen.

2. Wenn die Concurseröffnung in Folge sofortiger Beschwerde aufgehoben wird (KO. 109. 116), so ist alles wie zuvor, der Concurs gilt als nie eingetreten. Ist der Nachlaßconcurs durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so haftet der Erbe, der nicht unbeschränkt haftbar geworden war (2013) nur noch so, wie wenn ein Aufgebotsverfahren durchgeführt wäre (1989). Fleck Versuch einer Erklärung des § 1989 BGB. ABR. XIV S. 62 fg. (1898). Die Vorschrift ist correct, da der Concurs die Stelle eines Aufgebotsverfahrens versieht. Es besteht jetzt auch keine Möglichkeit mehr, unbeschränkte Haftung herbeizuführen (es wäre denn durch Verzicht), da keine Inventarfrist mehr gesetzt werden kann (2000 S. 3). Ist der Concurs durch Vertheilung der Masse beendigt, so haftet der Erbe mit dem ihm ausgehändigten Ueberschuß nach

Maßgabe der §§ 1973. 1989 den Nachlaßgläubigern, welche sich im Concurse nicht gemeldet haben, oder deren Forderungen bei der Schlußvertheilung unberücksichtigt blieben, weil sie unter einer Bedingung standen, deren Eintreten nur als eine entfernte Möglichkeit angesehen würde (KO. 154 Abs. 2). Endigt der Concurs durch Zwangsvergleich, so können die an diesem betheiligten Gläubiger nur die vergleichsmäßigen Rechte geltend machen; einen etwa nach dieser Geltendmachung dem Erben verbleibenden Ueberschuß können sie nicht angreifen; dieß liegt im Wesen des Vergleichs. Es gibt aber Gläubiger, welche am Zwangsvergleich nicht theilnehmen (KO. 230 Abs. 2), und diese sind es, welche sich an den etwaigen Ueberschuß gemäß § 1973 halten können. Unter jenen Gläubigern sind auch die, welche schon vor dem Concurs im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen oder durch fünfjährige Säumniß zurückgesetzt sind (KO. 230 Abs. 2. 226 Abs. 4). Ein Zwangsvergleich wirkt im Allgemeinen auch für und gegen die Gläubiger, welche sich im Concursverfahren nicht gemeldet haben (KO. 193). Für den Nachlaßconcurs aber wäre die Anwendung dieses Satzes gefährlich, da der Erbe bei seiner Anwendung möglicher Weise tief in die eigene Tasche greifen müßte, um Gläubigern, die zur Zeit des Vergleichsabschlusses ganz unbekannt waren, die vergleichsmäßigen Rechte zu gewähren. Es ist daher nach der Grundidee des Nachlaßconcurses, welcher die Haftung auf den Nachlaß beschränken soll, vielmehr anzunehmen, daß der Erbe nicht gemeldeten Gläubigern nur mit dem Ueberschuß gemäß § 1989. 1973 haftet. Fleck S. 71 fg. Wird das Concursverfahren eingestellt, weil die Masse die Kosten nicht lohnt (KO. 204), so treten die Sätze der §§ 1991 fg. in Anwendung (VII). Wird es eingestellt wegen Verzichts der Gläubiger auf den Concurs (KO. 202), so haftet der Erbe, der nicht unbeschränkt haftbar geworden war, auch jetzt nur mit dem Nachlaß, hat aber nicht die Vortheile eines durchgeführten Aufgebotsverfahrens, steht vielmehr so wie nach dem Ende der Verwaltung (s. oben V, 6). Er kann aber jetzt ein Aufgebotsverfahren durchführen lassen. Andererseits kann nach solcher Endigung des Concurses eine Inventarfrist gesetzt und unbeschränkte Haftung herbeigeführt werden.

VII. Beschränkte Haftung ohne Verwaltung oder Concurs.

1. Wenn die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßconcurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht thunlich ist — dieß muß erweislich sein, aber nicht nothwendig durch den Versuch, Verwaltung oder Concurs herbeizuführen, festgestellt werden — oder wenn aus gleichem Grunde die Verwaltung aufgehoben oder das Concursverfahren eingestellt ist, so kann der Erbe, der nicht unbeschränkt haftbar geworden ist (2013), die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht reicht (1990 Abs. 1 S. 1). Er hat nur den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (1990 Abs. 1 S. 2). Er hat aber nicht, wie nach durchgeführtem Aufgebotsverfahren, das Recht, sich die vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung ihres Werthes zu erhalten, haftet auch nicht bloß nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung. Er ist vielmehr den Gläubigern für seine Verwaltung bis zur Annahme der Erbschaft nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, von da an nach Auftragsgrundsätzen ebenso verantwortlich, wie bei größerer Masse vor Concurs oder Nachlaßverwaltung; er kann auch nicht alles

aus eigenen Mitteln des Erben andern Gläubigern Geleistete den folgenden zur Anrechnung bringen, sondern die folgenden müssen sich die Anrechnung nur gefallen lassen, wenn die Leistung erfolgte, während der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, der Nachlaß reiche zur Befriedigung aller aus (1991 Abs. 1. 1978. 1979). Auch für die Anrechnung von Aufwendungen auf die Erbschaft gilt die Vorschrift des § 1978 (1990 Abs. 1). Die eingetretenen Confusionen gelten im Verhältniß zwischen dem Gläubiger, dem gegenüber der Erbe sich auf § 1990 beruft, und dem Erben als nicht erfolgt (1991 Abs. 2). Der Erbe kann sich also wegen seiner Forderungen aus dem Nachlaß befriedigen, während er einzahlen muß, was er dem Erblasser schuldete. Während der Erbe, wie bemerkt, mit Befriedigung eines Gläubigers aus Eigenem den andern Gläubigern gegenüber vorsichtig sein muß, kann er die Herausgabe des Nachlasses zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers ohne Rücksicht auf andere bethätigen. Jedem folgenden ist er nur schuldig, das herauszugeben, was nun noch da ist, und schon die rechtskräftige Verurtheilung zu Gunsten eines Gläubigers steht im Verhältniß zu andern der Befriedigung gleich (1991 Abs. 2). Nur die Verbindlichkeiten aus Pflichttheilen, Vermächtnissen und Auflagen muß der Erbe concursmäßig befriedigen (1991 Abs. 3), d. h. er muß sie andern Gläubigern nachstellen und unter einander so rangiren, wie im Concurs (KO. 226, 4. 5. BGB. 2189).

Das ganze Verfahren der §§ 1990. 1991 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Gläubiger nach dem Erbfall im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat (1990 Abs. 2). Der Erbe kann danach Aufhebung der in sein Privatvermögen geschehenen Vollstreckungsmaßregeln verlangen, aber auch diejenigen Vollstreckungsmaßregeln, sowie die im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkte Vormerkung, welche den Nachlaß betreffen, sollen gegenüber dem Verfahren der §§ 1991 fg. wirkungslos sein. Hierin liegt namentlich ein Gegensatz gegen § 884.

Eine Separationswirkung zu Gunsten der Nachlaßgläubiger besteht bei Anwendung der §§ 1990. 1991 nicht. Aber selbstverständlich hat der Erbe, wenn ein Privatgläubiger desselben aus Mitteln des Nachlasses sich Befriedigung verschafft hat, den entsprechenden Betrag den Nachlaßgläubigern zu vergüten.

Die bessere Stellung, welche der Erbe im Falle des durchgeführten Aufgebotsverfahrens einnimmt, kann er sich auch im Falle der §§ 1990. 1991 verschaffen, ebenso wie die Zurücksetzung von Gläubigern durch fünfjährige Säumniß eintreten kann.

2. Der Pflichttheil kann seiner Natur nach nie eine Ueberschuldung des Nachlasses begründen. Wohl aber ist möglich, daß durch Vermächtnisse und Auflagen eine Ueberschuldung herbeigeführt wird. Beruht die Ueberschuldung lediglich auf Verpflichtungen dieser Art, so soll um ihretwillen allein der Erbe auch bei größerer Erbmasse nicht gehalten sein, sich durch Antrag auf den Nachlaßconcurs zu decken, sondern er kann immer die Berichtigung nach §§ 1990. 1991 vornehmen, und kann sogar, was sonst nicht der Fall, sich die vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung ihres Werthes erhalten. Durch Aufgebotsverfahren kann er den fraglichen Gläubigern gegenüber keine weiteren Beschränkungen seiner Haftung herbeiführen (1972), aber, wenn einer unter ihnen fünf Jahre säumig ist,

so erhält der Erbe den weiteren Vorzug, ihm nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu haften, und ihm Zahlungen an anderen nicht nur gemäß § 1979, sondern unbeschränkt als Minderung seiner Bereicherung anrechnen zu können (1974).

Soll zu Gunsten von Vermächtnißnehmern und Auflagen der Nachlaß separirt werden, so muß von Seite der Berechtigten Nachlaßverwaltung (1981 Abs. 2) oder Nachlaßconcurs beantragt werden. Letzteres ist aber nur zulässig, wenn der Erbe selbst im Concurs ist (KO. 219 Abs. 1).

VIII. Inventar und Inventarfrist.

1. Die Inventarerrichtung ist die Einreichung eines Nachlaßverzeichnisses bei dem Nachlaßgericht (1993). Die Einreichung kann freiwillig erfolgen (1993) und sichert dann dem Erben dauernd die Möglichkeit der beschränkten Haftung. Dem Erben kann aber auch vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Gläubigers eine Inventarfrist bestimmt werden, worüber das Nähere in §§ 1994—2000. Genaueres über die Inventarerrichtung selbst s. 2001—2004. Das rechtzeitig — freiwillig oder innerhalb der gesetzten Frist — errichtete Inventar begründet zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern die Vermuthung, daß zur Zeit des Erbfalls weitere als die angegebenen Nachlaßgegenstände nicht vorhanden waren (2009). Von den Fällen, in denen eine Inventarfrist nicht bestimmt werden kann (vgl. 2011, 2012), war schon die Rede. — Recht auf Einsicht des Inventars s. 2010.

2. Der Erbe wird allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar, wenn er die Inventarfrist versäumt (1994 Abs. 1 S. 2), oder wenn bei einer nicht dolosen oder nicht erheblichen Unvollständigkeit des Inventars ihm eine neue Frist zur Ergänzung bestimmt und diese versäumt ist (2005 Abs. 2). Das Gleiche tritt ein, wenn der Erbe einen Dolus in Bezug auf die Inventarerrichtung begeht, d. h. des Näheren: wenn er absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der Angabe der Nachlaßgegenstände herbeiführt, oder in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit in das Inventar bewirkt, oder, falls er den Weg der behördlichen Inventarisirung gewählt hat (2003), wenn er die ihm dabei obliegende Auskunftsertheilung (2003 Abs. 2) verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert (2005 Abs. 1). Der Erbe hat auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers den Offenbarungseid nach Maßgabe von § 2006 zu leisten. Die Verweigerung dieses Eides oder die Versäumniß zweier Termine dazu — und zwar des zweiten ohne Entschuldigungsgrund — macht den Erben aber nur dem betreibenden Gläubiger gegenüber unbeschränkt haftbar (2006 Abs. 3).

3. Wenn der Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, so soll sich seine Haftung in Ansehung eines jeden Theils so bestimmen, wie wenn die Erbtheile verschiedenen Erben gehörten (2007 S. 1). Die Frist läuft nämlich erst von der Annahme der Erbschaft an, auch wenn sie vorher gesetzt ist (1995 Abs. 2), sie kann also, soweit getrennte Annahme möglich ist (1951), für die verschiedenen Theile zu verschiedenen Zeiten ablaufen. Die Frist kann aber nur dem Erben, d. h. sie kann erst nach dem Anfall gesetzt werden. Fallen also die Theile zu verschiedenen Zeiten an, so kann die Frist für den künftigen Theil nicht im Voraus gesetzt werden, selbst wenn die Annahme des angefallenen Theils auch als

Annahme des künftig erwarteten wirkt (1951 Absatz 2 S. 1). Es bedarf vielmehr der erneuten Fristsetzung nach dem Anfall des zweiten Theils (vgl Mot. V. S. 678). In den Fällen der Anwachsung (2094 fg.) und der anwachsungsähnlichen Erscheinung des § 1935, in welchen verschiedene Theile nur in Ansehung der Beschwerungen (und der Ausgleichungspflicht) angenommen werden, soll aber die Vorschrift des § 2007 S. 1 nur gelten, wenn die Theile thatsächlich verschieden belastet sind (2007 S. 2).

4. Die Bestimmung des § 2008 erklärt sich aus der Rückwirkung der Versäumniß der Inventarfrist durch die Frau auf die Stellung des Mannes. Sobald die Frau unbeschränkt haftbar wird, muß der Mann, wenn die Erbschaft eingebrachtes Gut oder Gesammtgut ist, die Vollstreckung wegen der Nachlaßschulden in das ganze eingebrachte oder Gesammtgut dulden (1411, vgl. 1413. — 1459 Abs. 1, vgl. 1461. — 1521. 1525 Abs. 2. 1411. — 1549. 1550 Abs. 2), ja er haftet, wenn die Erbschaft Gesammtgut geworden ist, sogar solidarisch mit seinem Sondervermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten, selbst nach Endigung der Gütergemeinschaft (1459 Abs. 2. 1549).

IX. Die aufschiebenden Einreden.

1. Der Erbe kann, wenn er nicht unbeschränkt haftet (2016 Abs. 1), die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft (s. jedoch 2017) verweigern, um Zeit zur Orientirung über Aktiven und Passiven zu gewinnen. Hat er aber das Inventar eingereicht, so ist seine Orientirung beendet, und die Einrede fällt fort (2014). Da die Inventarfrist selbst frühestens von der Annahme der Erbschaft an läuft (1995 Abs. 2), so kann die Versäumniß der Inventarfrist den Erben immer nur für einen Theil der Zeit der Einrede berauben und zwar nur, wenn die Frist kürzer ist, als drei Monate (sie kann bis auf einen Monat hinabgehen [1995 Abs. 1 S. 1]). Dolus bei der Inventarerrichtung kann, da die Einrede durch die Inventarerrichtung immer verloren geht, als selbständiger Verlustgrund nur in Frage kommen, sofern der Dolus vor der Einreichung des Inventars consummirt wird (2005 Abs. 1 S. 2). Zur Verweigerung des Offenbarungseides kann es immer erst nach Errichtung des Inventars kommen (vgl. 2006). Dagegen kann die Einrede durch Verzicht auf sie oder auf die Beschränkung der Haftung auch vor Errichtung des Inventars oder vor Ablauf der Inventarfrist verloren gehen, allen oder einzelnen Gläubigern gegenüber.

2. Wenn der Erbe vor Ablauf eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft (s. jedoch 2017) den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger erfolgreich gestellt hat, so kann er die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens nach näherer Maßgabe des § 2015 verweigern. Auch dieß gilt nicht, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (2016 Abs. 1), sei es allen Gläubigern gegenüber, sei es demjenigen gegenüber, gegen welchen er die Einrede erheben möchte. Ersteren Falls hat der Erbe nicht einmal mehr das Recht, das Aufgebotsverfahren zu beantragen (CPO. 991 Abs. 1).

3. Beide Einreden können nicht erhoben werden gegenüber den Gläubigern des § 1971, soweit es sich um den Gegenstand ihres besonderen Rechts handelt; aber diese Sonderstellung kann nicht nach dem Erbfall durch Zwangsvollstreckung,

Arrestvollziehung, Vormerkung aus einstweiliger Verfügung, erworben werden (2016 Abs. 2). Der Natur der Sache nach können die Einreden auch nicht gegen das gesetzliche Vermächtniß des § 1969 erhoben werden.

4. Beide Einreden haben nur beschränkte Wirkung. Sie schließen die Klage nicht aus, sondern haben nur die Folge, daß die Zwangsvollstreckung auf das Maß eines Arrestes herabgesetzt wird (CPO. 782). In Verzug kann der weigerungsberechtigte Erbe nicht kommen.]

III. Rechtsverhältniß zwischen Miterben.

A. Theilung der Erbschaft*.

§ 608.

Mehrere Erben haben die Erbschaft gemeinschaftlich[1] nach Bruchtheilen[1a]. Die Aufhebung dieser Gemeinschaft geschieht durch Theilung. Dieselbe kann durch Vertrag bewirkt werden[2]. Sie kann aber auch durch Klage verlangt werden[3], sei es daß ein Erbe sich der Theilung widersetzt[4] oder die Erben sich über die Art und Weise der

---

* Dig. 10, 2 Cod. 3, 36 familiae erciscundae. Cod. 3, 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. Glück XI S. 1—118. Köppen Lehrbuch S. 221—246. Heimbach RLex. III S. 847—856. Sintenis III § 188. Brinz 1. Aufl. § 166—168. 2. Aufl. II § 407. 408. Unger § 43. 44.

§ 608. [1] Miterben stehen in einer communio, wie Miteigenthümer; wie diese eine körperliche, so haben sie eine unkörperliche Sache gemeinsam. S. z. B. l. 31 D. 17, 2: — „cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, . . aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit . .". L. 1 pr. D. 10, 2 (8), l. 51 § 1. l. 54. 57 D. 10, 2. L. 4 pr. D. 10, 3. „Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis".

[1a] Vgl. § 528 [5]. — Auf einen ungeborenen Miterben rechnet das r. R. provisorisch drei Theile, in der Annahme, daß möglicherweise Drillinge geboren werden können. L. 3. 4 D. 5, 4, l. 7 pr. D. 34, 5, l. 36 D. 46, 3.

[2] S. z. B. l. 57 D. 10, 2, l. 1. 15. 17 C. 3, 36, l. 35 D. 2, 14.

[3] Actio familiae erciscundae. L. 1 pr. D. 10, 2. „Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur". L. 2 pr. D. 10, 2. »Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas . .". Die Etymologie von ercisci ist bestritten, und nicht einmal die Schreibart sicher (heroisci). Vgl. aber l. Rubria c. 23, Festus s. *vv.* erciscundae, erctum citumque, inercta, und einerseits S. Bugge in Fleckeisen's Neuen Jahrb. f. Philologie 1872 S. 94 fg., andererseits Corssen kritische Beiträge zur lateinischen Formenlehre S. 39 und Beiträge zur italischen Sprachkunde S. 113.

[4] Der Miterbe ist zur Theilung verpflichtet, wie der Theilhaber einer jeden Gemeinschaft zur Theilung verpflichtet ist (Note [20]). L. 5 C. 3, 37. „In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri". Vertrag oder

Theilung nicht verständigen können, sei es daß die Erben ohne Streit die Ausführung der Theilung in die Hand des Richters legen[5]. In allen diesen Fällen aber ist die Aufgabe des Theilungsrichters nicht bloß die Theilung im engeren Sinne, sondern die vollständige Auseinandersetzung der Erben.

1. Theilungsmasse ist Alles[5a], was zur Erbschaft gehört[6]; mit Ausnahme a) der Forderungen und Schulden, welche bereits nach gesetzlicher Regel getheilt sind[7]. Jedoch ist die Ausnahme nicht dahin zu verstehen, daß es dem Theilungsrichter verboten wäre, Forderungen und Schulden in das Theilungsverfahren hineinzuziehen und dieselben, zum Zweck der Ausgleichung oder aus anderen Gründen, einem der Erben allein zuzuweisen[8]. Eine solche Ueberweisung wirkt wie Cession und Schuldübernahme[9]. Ausgeschlossen von der Theilung ist ferner

---

Verbot des Erblassers vermag diese Verpflichtung nicht aufzuheben, nur ihre Erfüllung aufzuschieben. Arg. l. 14 § 2. 3 D. 10, 3. Vgl. II § 449 [12-14].

[5] Es gilt hier das Gleiche, wie bei der Gemeinschaft einer körperlichen Sache. Vgl. II § 449 [15. 16] und die Citate daselbst. Unger § 44 [4]. Sf. XXI. 53. Vgl. übrigens auch Köppen a. a. O. S. 225—227.

[5a] L. 25 § 20 D. 10, 2. „Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere“. Paul. sentent. I, 18 § 2. S. auch l. 16 pr. l. 31 D. 10, 2.

[6] L. 9—16 pr. § 3. l. 22 pr. l. 53. 56 D. 10, 2, l. 9 C. 3, 36; l. 25 § 7. 8. l. 45 pr. D. 10, 2; l. 14 pr. l. 54 D. 10, 2. — Die Praxis verlangt nach Analogie der l. 22 § 10 C. 6, 30 von denjenigen Miterben, welche in der Lage waren, etwas von dem Nachlaß an sich zu nehmen, den Manifestationseid. Glück S. 35. Sf. II. 233, VIII. 190, XII. 212. 346, XV. 261, XVI. 126, XX. 148, XXIV. 290, XXVII. 72.

[7] L. 6 C. 3, 36. „Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint“. L. 4 pr. l. 25 § 1. 9. 13 D. 10, 2, l. 9 C. 3, 38.

[8] L. 3 D. 10, 2. „Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet . .“. L. 2 § 5 eod., l. 20 § 3. 5 eod. [Vertragsmäßige Uebernahme der Schulden im Erbtheilungsvertrage: RG. XLIII S. 181 fg.]

[9] Vgl. II § 330, 2. § 338 [9]. L. 3 cit. fährt fort: „Nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur; sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo nomine substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt“. Nach heutigem R. macht die richterliche Schuldüberweisung als solche (Consens des Gläubigers vorausgesetzt) den Miterben, an welchen sie geschehen ist, zum Schuldner (II § 338 [9]). Vgl. noch l. 1 C. 8, 35 [36].

b) was bereits in anderer Weise unter den Erben getheilt ist[10]; c) was seiner Natur nach untheilbar ist[11]; d) was seiner Bestimmung nach ungetheilt bleiben soll[12]; e) Verbotenes und auf verbrecherischem Wege Erworbenes[13]. — Von der anderen Seite müssen unter Umständen von den Erben Stücke ihres eigenen Vermögens mit zur Theilung gebracht werden; hiervon wird im folgenden § besonders gehandelt werden.

2. Das Theilungsverhältniß bestimmt sich natürlich zunächst durch die Erbtheile der Erben. Es kann aber sein, daß einem Erben gewisse Stücke oder gewisse Beträge aus der Erbschaft zum Voraus gebühren, nach gesetzlicher Regel[14] oder kraft Vermächtnisses des Erblassers[15].

3. Bei der Ausführung der Theilung hat der Theilungsrichter auf die Anordnungen des Erblassers und auf Vereinbarungen der Parteien Rücksicht zu nehmen[16], im Uebrigen aber so zu theilen, wie er glaubt, daß es den wohlverstandenen Interessen der Parteien am Angemessensten ist[17].

---

[10] L. 1 C. 3, 36 (Vertrag), l. 44 pr. D. 10, 2 (actio communi dividundo). Sf. IV. 39, XIII. 222.

[11] Vgl. l. 25 § 9. 10 D. 10, 2. Ueber die Behandlung von Pfändern s. I § 226[3]. § 233a[1].

[12] L. 4 § 3. l. 5. 6 D. 10, 2. (die Testamentsurkunde und andere Erbschaftspapiere), l. 30 D. 10, 2, l. 4 C. 3, 44 (Begräbnißplätze).

[13] L. 4 § 1. 2 D. 10, 2.

[14] So die Dos, welche dem Gewalthaber für den gewaltunterworfenen Sohn gegeben worden ist, § 493[1]. S. ferner § 572[9], auch unten Note [27].

[15] L. 4 pr. l. 22 § 1. l. 25 § 22. l. 26. 28 D. 10, 2, l. 7 C. 3, 36, l. 17 § 2 D. 30. S. auch Note [16] unter a.

[16] Was die Anordnungen des Erblassers angeht, so sind zu unterscheiden: a) Anordnungen, durch welche bestimmte Erbschaftsstücke bestimmten Erben zugewiesen werden. Solche Anordnungen sind in der That Vermächtnisse und müssen als solche erfüllt werden, aber, wie alle Vermächtnisse, nur mit Wahrung der falcidischen Quart und des Pflichttheils. L. 20 § 3. 5. 8. l. 32. 33 D. 10, 2, l. 10. 16. 21 C. 3, 36, l. 8 pr. C. 3, 28. Vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 152 fg., Fein das. XLV S. 227 fg. Sf. XXXVI. 49 b) Anordnungen über die Art und Weise der Theilung im Allgemeinen, daß z. B. öffentliche Versteigerung eintreten solle, oder nicht eintreten solle. Auch über solche Anordnungen wird sich der Theilungsrichter nicht willkürlich hinwegsetzen dürfen; aber ein R., ihn zur Befolgung derselben zu zwingen, wenn er sie nicht ür angemessen hält, haben die Erben nicht. A. M. Dernburg III § 176[17]. — Vereinbarungen der Parteien: l. 3 § 1 D. 10, 3, vgl. l. 21 eod.

[17] Vgl. l. 4 § 1 D. 10, 2. — „boni . . et innocentis viri officio eum fungi oportet". L. 21 D. 10, 3. „Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est . . sequi convenit". Im Einzelnen kann der Thei-

4. Zur Auseinandersetzung der Erben gehört außer der Vertheilung des Nachlasses die Erledigung der persönlichen Ansprüche, welche durch die Erbgemeinschaft zwischen den Miterben erzeugt worden sind[18]. Die Erbgemeinschaft begründet zwischen den Miterben ein Verpflichtungsverhältniß, dessen Inhalt, wie der Inhalt des durch die Sachgemeinschaft zwischen den Miteigenthümern begründeten Verpflichtungsverhältnisses, im Allgemeinen unter freiem richterlichen Ermessen steht[19], welches sich aber im Besonderen darin wirksam erweist[20], daß jeder Miterbe verpflichtet ist, dem anderen zu ersetzen: a) was dieser im Interesse der Erbschaft, oder als Erbe im Interesse des Miterben, aus seinem Vermögen aufgeopfert hat[21]; b) was der

---

lungsrichter hier, wie bei der Sachtheilung, die zu theilenden Objecte körperlich theilen, oder einem Miterben gegen Entschädigung des andern allein zusprechen, oder zur öffentlichen Versteigerung bringen. Er kann auch an den Erbschaftssachen Dienstbarkeiten und Pfandre begründen. L. 1 pr. l. 22 § 1. 2. l. 25 § 6. l. 30. l. 47 pr. l. 52 § 2. l. 55 D. 10, 2, § 4 I. 4, 17; l. 16 § 1. l. 22 § 3 D. 10, 2, l. 6 § 1 D. 7, 1; l. 14 § 1. l. 16 pr. § 2 D. 10, 2; l. 29 D. 10, 2. Glück S. 40—41. 51 fg. 74 fg. Sf. I. 98, XI. 60. — Anspruch des Miterben für den Fall, daß das ihm Zugesprochene sich als fremd ausweist: l. 25 § 21 D. 10, 2, s. aber auch II. § 449 [24], § 392 [8].

[18] L. 22 § 4 D. 10, 2. „Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones". Es kann sein, daß der Erbtheilungsrichter es bloß mit diesen persönlichen Ansprüchen zu thun hat, wenn nämlich der Nachlaß schon anderweitig vertheilt ist, oder die Parteien über die Theilung nicht streiten. L. 44 pr. D. 10, 2. Sf. XXIV. 133, XXXI. 153.

[19] Die actio familiae erciscundae ist, wie die actio communi dividundo bonae fidei. L. 9 C. 3, 36, § 28 I. 4, 6.

[20] Andere Seiten dieses Verpflichtungsverhältnisses sind bereits in anderen Zusammenhängen hervorgehoben worden: die Verpflichtung zur Theilung ([4]), die Verpflichtung zur Collation (Text Ziff. 1 a. E.). S. noch l. 51 pr. D. 10, 2. — [Rechnungslegung, Offenbarungseid: Sf. L. 98.] Nicht erzeugt die Erbschaftsgemeinschaft eine neue Verpflichtung zur Leistung des dem Erblasser oder vom Erblasser Geschuldeten. L. 51 § 1 i. f. D. 10, 2. Vgl. Sf. XIX. 171, XXIV. 134 Nr. 2. 3.

[21] Im Allgemeinen: l. 18 § 1 C. 3, 36. „In communi . . hereditate quin sumptus ab uno facti bona fide familiae erciscundae iudicio . . servari possint, non est ambiguum". L. 18 § 3 D. 10, 2, § 3. 4 I. 3, 27. Im Besonderen: a) ein Miterbe bewirkt durch eine von ihm gemachte Aufopferung die Erhaltung der ganzen Erbschaft, l. 39 pr. D. 10, 2, oder einer einzelnen Erbschaftssache, z. B. durch Zahlung einer Erbschaftsschuld die Erhaltung der für die Schuld verpfändeten Sache, l. 18 § 7. l. 25 § 14. l. 31 D. 10, 2, l. 18 § 4 eod. (des Sclaven, durch dessen Delict die Schuld entstanden ist, l. 25 § 15 D. 10, 2); ein Miterbe befreit durch Zahlung einer Erbschaftsschuld die Erbschaft von einem Nießbrauch, l. 44 § 7 D. 10, 2, durch Zahlung der Vermächtnisse vom Mitbesitz der Vermächtnißnehmer, l. 18 § 6. l. 25 § 15 D. 10, 2; ein Miterbe

Miterbe aus der Erbschaft, oder als Erbe aus dem Vermögen des Miterben, in sein Vermögen gebracht hat[22]; c) worum er durch seine Schuld die Erbschaft, oder als Erbe das Vermögen des Miterben, geschädigt hat[23]. Schuld ist auch Nachlässigkeit, jedoch nur solche, welche in eigenen Angelegenheiten vermieden zu werden pflegt[24]. — Wegen künftiger Verbindlichkeiten dieser Art kann Caution verlangt[25] oder es kann der Miterbe angehalten werden, diejenige Thätigkeit eintreten zu lassen, durch welche das Entstehen einer Verbindlichkeit für ihn vermieden wird[26]; oder es kann wohl selbst der Betrag des eventuell zu Fordernden dem eventuell Berechtigten sofort aus der Erbschaft zuerkannt werden[27]. — Insofern die hier genannten Ansprüche auch nach einem andern rechtlichen Gesichtspunkt begründet sind, können sie natürlich nicht bloß bei Gelegenheit der Erbtheilung, sondern auch selbständig geltend gemacht werden[28].

5. Die richterliche Erbtheilung braucht nicht nothwendig zwischen allen Miterben zu geschehen[29]. — Ihrer Natur nach geschieht sie nur ein Mal; ist sie einmal geschehen, so findet in Betreff dessen, was etwa noch ungetheilt geblieben ist, nicht mehr Erbtheilung, sondern

---

schützt die Erbschaft gegen Entstehung einer Verbindlichkeit, l. 25 § 13 D. 10, 2, bewirkt für sie die Entstehung einer Forderung, l. 78 § 2 D. 18, 1. b) Ein Miterbe erfüllt eine untheilbare Erbschaftsverbindlichkeit, l. 25 § 10. 11. l. 44 § 8. l. 49 D. 10, 2, l. 11 § 23. 24 D. 32, vgl. l. 18 § 2 D. 10, 2; ein Miterbe erfüllt eine theilbare Erbschaftsverbindlichkeit ganz als Selbstschuldner, l. 20 § 1. 6. 7. l. 25 § 19 D. 10, 2, l. 13 C. 3, 36, l. 38 pr. D. 12, 6. Vgl. auch II § 449 [10. 11]. Sf. XXIV. 134 Nr. 1. 3.

[22] L. 19. 56 D. 10, 2, l. 9 C. 3, 36, § 3. 4 I. 3, 27, § 4 I. 4, 17, vgl. l. 44 § 3 D. 10, 2. Vgl. auch II § 449 [5. 6].

[23] L. 16 § 4. 5. l. 17 D. 10, 2, l. 3. 19 C. 3, 36, § 4 I. 4, 17; l. 25 § 18 D. 10, 2; l. 25 § 12. 13 D. 10, 2, l. 44 § 5 eod., l. 5 § 4. l. 35 § 3 D. 45, 1; l. 25 § 17 D. 10, 2, l. 8 D. 9, 4.

[24] L. 25 § 16 D. 10, 2. Vgl. noch l. 45 § 1 D. 10, 2.

[25] L. 19. l. 25 § 10. 13 D. 10, 2.

[26] L. 18 § 2. 4. l. 44 § 7 D. 10, 2.

[27] L. 20 § 1. 6 D. 10, 2.

[28] Es kann begründet sein z. B. actio communi dividundo, negotiorum gestorum, legis Aquiliae, furti etc. Vgl. z. B. l. 16 § 4. 5 D. 10, 2, l. 18 § 1 C. 3, 36, l. 3 C. 2, 18 [19], l. 8 D. 9, 4.

[29] L. 2 § 4 D. 10, 2, l. 17 C. 3, 36. Vgl. den II § 449 [26] citirten Aufsatz von Zimmermann, auch Vangerow II § 514 Nr. 2, Köppen a. a. O. S. 238 fg. Sf. IX. 190 Nr. 1, XLIV. 117. [LI. 188.] — Andererseits steht nichts entgegen, daß in demselben Theilungsverfahren mehrere den Parteien gemeinschaftliche Erbschaften zusammengefaßt werden, sollte selbst bei einer derselben noch ein anderer Miterbe vorhanden sein. L. 25 § 3. 4 D. 10, 2, vgl. Vangerow II § 514 Nr. 5 und die Citate daselbst.

nur noch Sachtheilung statt[30]. — Wird einer der Parteien vom Gegner das Miterbenrecht bestritten, so hat der Theilungsrichter zunächst hierüber zu befinden. Dabei kann aber der Bestreitende, wenn er im alleinigen Besitz der Erbschaft ist, verlangen, nicht ungünstiger behandelt zu werden, als er behandelt worden sein würde, wenn bloß die Klage auf Herausgabe der Erbschaft gegen ihn angestellt worden wäre[31]. — Ist irrigerweise einer Person, welche Erbrecht nicht hat, solches zugeschrieben worden, so ist das Urtheil nichtig[32].

Angefochten werden kann die Erbtheilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[33].

[§§§. Rüger sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. IX S. 484 fg. 1899, Erdmann das Miterbenverhältniß des BGB., verglichen mit dem des gemeinen Rechts. Erl. Diss. 1899.

I. Nach BGB. wird der Nachlaß gemeinschaftliche Vermögen der Miterben im Sinne eines Gesammthänderverhältnisses (2032 Abs. 1) nach Art des Gesellschaftsvermögens oder des ehelichen Gesammtgutes, freilich nicht ohne eine wesentliche Modification.

1. Ueber seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann kein Miterbe verfügen (2033 Abs. 2); wohl aber ist hier, anders als bei den sonstigen Gesammthänderverhältnissen (719 Abs. 1. 1442. 1549. 1519 Abs. 2) gestattet, daß der Miterbe über seinen Antheil als Ganzes verfügt (2033 Abs. 1), um ihm die Verwerthung seines Antheils zu ermöglichen und so die Härte, die das Gemeinschaftsverhältniß für den Einzelnen mit sich bringt, zu mildern (Prot.

[30] L. 20 § 4 D. 10, 2. Paul. sentent. I, 18 § 1. Doch bleiben außerordentliche Fälle vorbehalten, l. 20 § 4 cit.: — „nisi causa cognita". [Sf. LI. 188.]

[31] In der That wird in diesem Falle mit der actio familiae erciscundae die hereditatis petitio combinirt. Nach r. R. konnte in diesem Falle der Beklagte verlangen, daß vorher die hereditatis petitio als besondere Klage durchgeführt werde; er konnte den Kläger mit der exceptio (praescriptio) si (quod) in ea re praeiudicium hereditati non fiat ganz zurückweisen. L. 1 § 1 D. 10, 2. Vgl. über diese Einrede überhaupt § 616, 1. Die Rücksicht „ne possessor singulis iudiciis vexaretur" (§ 616 [1]) fällt hier weg; so ergibt sich das Resultat im Text. Vgl. Sintenis III § 188 [2], Unger § 44 [6], Planck kr. VJS. XI S. 190. Sf. IV. 152, XXV. 141.

[32] L. 36 D. 10, 2. Derjenige, welchem irrigerweise Miterbr. zugeschrieben worden ist, kann sich gegenüber einer nun gegen ihn anzustellenden hereditatis petitio nicht darauf berufen, daß er früher als Erbe anerkannt worden sei. Dieß sagt l. 37 D. 10, 2 nach der florentinischen Lesart. „Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem". Streicht man auf Grund der Basiliken das non, so hat die Stelle den Sinn, daß man nicht zu gleicher Zeit die Erbtheilungsklage anstellen und dem Gegner das Miterbr. bestreiten könne. Vgl. Vangerow II § 514 Nr. 4 und die Citate daselbst. [Pape Theilung unter vermeintlichen Erben. Gött. Diss. 1894.]

[33] Es gilt auch für die Erbtheilung das II § 449 [25] Gesagte.

der II. Comm. S. 8063). Andererseits ist für den Fall, daß ein Miterbe seinen Antheil an einen Nichtmiterben verkauft, den übrigen ein Vorkaufsrecht eingeräumt, s. 2034 fg. und über beides unten zu § 621. Pfändbar ist ebenfalls nur der Antheil als Ganzes, nicht sind es die Antheile an den einzelnen Gegenständen (CPO. 859).

2. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Miterben gemeinschaftlich zu; es ist aber jeder den übrigen verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung nothwendigen Maßregeln kann jeder allein treffen (2038); daß er zur Vermeidung künftigen Streites über die Nothwendigkeit der Maßregel die Einwilligung der Andern im Voraus verlangen kann, ist hier nicht, wie für die sonstige Gemeinschaft im § 744 Abs. 2, zum Ausdruck gebracht, folgt aber aus der weitergehenden Vorschrift, daß Jeder verpflichtet ist, zu allen durch die ordnungsmäßige Verwaltung gebotenen Maßregeln mitzuwirken (2038 Abs. 1 S. 2 erster Halbsatz). In Bezug auf anderweite Regelung der Verwaltung durch Vereinbarung, durch Mehrheitsbeschluß und auf Verlangen eines Einzelnen durch ein die Einwilligung der Uebrigen ersetzendes Urtheil gilt dasselbe wie bei der Rechtsgemeinschaft überhaupt (2038 Abs. 2 S. 1. 745. 746; vgl. II S. 880 fg. unter d).

3. Auch in Betreff von Nutzungen, Lasten und Kosten gelten die allgemeinen Regeln der Rechtsgemeinschaft (2038 Abs. 2. 743. 748; vgl. II S. 880 unter a. b., S. 881 unter g.). Ueber die Zeit der Fruchttheilung hat das Gemeinschaftsrecht keine besonderen Grundsätze; hier schließen sich § 2038 Abs. 2 S. 2. 3 an das Gesellschaftsrecht an (721). Wenn einerseits principiell die Früchte bis zur Auseinandersetzung gemeinschaftliches Vermögen bleiben sollen, so soll doch andererseits, wenn die Auseinandersetzung auf mehr als ein Jahr ausgeschlossen ist, jeder Miterbe die Theilung des Reinertrages verlangen können, weil er sonst möglicher Weise sein Leben lang nichts von der Erbschaft für sich verwenden könnte (Prot. der II. Comm. S. 8104).

4. Ueber einen Nachlaßgegenstand verfügen können die Miterben nur gemeinschaftlich (2040 Abs. 1); darin liegt von selbst, daß sie auch eine Nachlaßforderung nur gemeinschaftlich aufrechnen können. Es kann aber auch der Nachlaßschuldner eine ihm gegen einen einzelnen Erben zustehende Forderung nicht gegen die Nachlaßforderung aufrechnen (vgl. 719; II S. 737 unter 3). Jeder zum Nachlaß gehörige Anspruch wird auch, wenn sein Gegenstand theilbar ist, so behandelt, wie sonst ein untheilbarer Anspruch Mehrerer, die nicht Gesammtgläubiger sind (2039, vgl. 432; II S. 214 fg.).

5. Zum Nachlaß gehört (analog den Bestimmungen des § 718 in Ansehung des Gesellschaftsvermögens und des § 1473 in Ansehung des Gesammtgutes), was auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht (2041 S. 1). Der Schuldner einer durch ein solches Rechtsgeschäft erworbenen Forderung braucht aber deren Zugehörigkeit zum Nachlaß erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er dieselbe kennt, und es finden dabei §§ 406—408 entsprechende Anwendung (2041 S. 2, vgl. 2019 Abs. 2. 1473 Abs. 2. 720; II S. 737 fg. unter 4).

6. Miterben haften einander, entgegen dem gemeinen Recht (zu [24]) für jede Fahrlässigkeit.

II. Die Auseinandersetzung.

1. Die Auseinandersetzung kann im Allgemeinen jeder Miterbe jederzeit verlangen (2042 Abs. 1, vgl. 749 Abs. 1). Für den Fall einer Vereinbarung, welche die Auseinandersetzung für immer oder auf Zeit ausschließt oder an eine Kündigungsfrist bindet, gelten die gleichen Vorschriften wie gemäß §§ 749 Abs. 2. 3. 750. 751 bei jeder Rechtsgemeinschaft (2042 Abs. 2; vgl. II S. 881 fg. unter 3, a). — Sind die Erbtheile unbestimmt wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben, so ist die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen (2043 Abs. 1). Berührt die Unbestimmtheit nicht alle Miterben, sondern nur einen Theil der Erbschaft, so ist die Auseinandersetzung nur in Ansehung dieses Theiles ausgeschlossen („Soweit", vgl. Mot. V S. 690). Wenn z. B. feststeht, daß jemand von einem Sohne und den Kindern eines verstorbenen Sohnes beerbt wird, die Wittwe des letzteren aber schwanger hinterblieben ist, so steht der Theilung der Erbschaft in zwei Hälften nichts im Wege; nur die Hälfte der Kinder des verstorbenen Sohnes muß bis zum Ende der Schwangerschaft ungetheilt bleiben, vgl. übrigens 1963 S. 2 im Gegensatz zu [1a]. In gleicher Weise wird berücksichtigt (2043 Abs. 2) die Unbestimmtheit der Erbtheile, die sich ergibt, wenn die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung oder die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt noch aussteht, auf deren Grund das Kind erbberechtigt wird (1733 Abs. 3. 1753 Abs. 3), oder wenn eine vom Erblasser zur Erbin eingesetzte Stiftung noch der Genehmigung harrt (2101 Abs. 2. 84). — Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des ganzen Nachlasses oder einzelner Gegenstände ausschließen, oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen (2044 Abs. 1 S. 1). Diese Anordnung wirkt aber einmal nicht weiter als eine Vereinbarung der Miterben (2044 Abs. 1 S. 2. 749 Abs. 2. 3. 750. 751. 1010 Abs. 1, vgl. II S. 881 fg. unter 3, a), und sodann wirkt sie entsprechend den allgemeinen Principien des BGB. über die Grenzen der Macht des Erblassers über den Nachlaß (2109. 2162. 2163. 2210), im Allgemeinen höchstens auf dreißig Jahre vom Tode des Erblassers an (2044 Abs. 2 S. 1). Hat jedoch der Erblasser bestimmt, daß die Anordnung bis zu einem Ereigniß in der (physischen) Person eines Miterben gelten soll, so schadet es nichts, wenn das Ereigniß erst mehr als dreißig Jahre nach dem Tode des Erblassers eintritt (vgl. 2109 Abs. 1 Ziff. 1. 2163 Abs. 1 Ziff. 1) und wenn der Erblasser eine Nacherbfolge oder ein Vermächtniß anordnet, so kann er die Auseinandersetzung bis zum Eintritt der Nacherbfolge oder zum Anfall des Vermächtnisses ausschließen; die Zeitschranken, welche diesen Ereignissen gesetzt sind, genügen dann (2044 Abs. 2 S. 2. 3). — Endlich kann jeder Miterbe den Ausschluß der Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Verfahrens über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (1970), oder bis zum Ablauf der Meldefrist verlangen, welche nach § 2061 jeder Miterbe den Nachlaßgläubigern selbständig setzen kann. Das Verlangen des Aufschubs ist auch dann berechtigt, wenn nach demselben ohne schuldhaftes Zögern der Antrag auf das Aufgebot gestellt oder die Aufforderung im Sinne des § 2061 erlassen wird (2045). Diese Vorschrift erklärt sich aus der Bedeutung, welche die Kenntniß von den

Nachlaßschulden für die Auseinandersetzung hat. — Einer Verjährung unterliegt der Anspruch auf Auseinandersetzung nicht (2042 Abs. 2. 758, vgl. I. S. 475).

2. Die Ausführung der Theilung steht zunächst unter den Vorschriften der §§ 752—757 (2042 Abs. 2; vgl. II S. 882 fg. unter b). Es bestehen aber folgende besonderen Sätze:

a. Ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden, so liegt im Zweifel diesem die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften ob (2204); der Erblasser kann aber anordnen, daß der Vollstrecker nach seinem billigen Ermessen theilen soll (2048 S. 2). Der Testamentsvollstrecker hat im Zweifel gemäß § 2205 auch diejenige Verfügungsmacht über den Nachlaß, welche dazu gehört, um seinen Theilungsplan mit dinglicher Wirkung auszuführen. Er soll vor der Ausführung die Erben über den Auseinandersetzungsplan hören (2204 Abs. 2), ist aber an ihre Erklärungen nicht gebunden. Nur Vereinbarungen der Erben wird man als für den Vollstrecker verbindlich ansehen müssen, jedoch nur so weit, als sie nicht mit letztwilligen Verfügungen des Erblassers in Widerspruch stehen (2203); wenn jedoch die Vereinbarung den gültigen Verzicht des aus solcher Verfügung Berechtigten in sich schließt, gilt diese Schranke nicht. Eine Möglichkeit, den Theilungsplan des Testamentsvollstreckers oder dessen Ausführung anzufechten, besteht nicht; der Vollstrecker ist aber wegen schuldhaft gesetzwidriger Theilung oder im Falle der Theilung nach billigem Ermessen wegen schuldhafter Handhabung desselben gemäß § 2219 verantwortlich. Im Falle der Theilung nach billigem Ermessen tritt die Haftung jedoch nur bei offenbarer Unbilligkeit ein (vgl. 2048 S. 2).

b. Ist kein Testamentsvollstrecker vorhanden, oder hat der vorhandene die Theilung nicht zu besorgen (2208), so kann die Auseinandersetzung auf Antrag auch nur eines Erben in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgen (Ges. über die Angeleg. der freiw. Ger. § 86 fg., s. auch 192. 193). In diesem Verfahren kann es dahin kommen, daß ein Nichterschienener als einwilligend behandelt wird (§ 91 Abs. 3. 92. 93 Abs. 2); abgesehen davon aber scheitert das Verfahren beim Widerspruch eines Miterben. Die Thätigkeit des Nachlaßgerichts ist keine bloß beurkundende. Das Gericht fertigt einen Auseinandersetzungsplan an, beurkundet die Auseinandersetzung, wenn sämmtliche Erschienene mit dem Inhalt des Planes einverstanden sind, und bestätigt dieselbe, wenn die Erschienenen sämmtliche Betheiligte sind. Sind Betheiligte nicht erschienen, so erfolgt die Bestätigung erst, wenn die Nichterschienenen zu gerichtlichem Protokoll oder in einer öffentlich beglaubigten Urkunde zugestimmt haben oder als zustimmend gelten (§ 93). Ist der Bestätigungsbeschluß rechtskräftig geworden, (vgl. § 96), so ist die Auseinandersetzung für alle Betheiligten in gleicher Weise verbindlich wie eine vertragsmäßige (§ 97). Dieß kann zunächst nur dahin verstanden werden, daß die Erben wie aus Vertrag verpflichtet sind, die Auseinandersetzung vorzunehmen; damit aber geräth man in Schwierigkeiten, und um diese zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Auseinandersetzung deutlich so zu fassen, daß sie auch die dinglichen Einigungen über den Eigenthumsübergang und sonstigen Rechtsübergang an den dem Einzelnen zugewiesenen Gegenständen enthält. Dann muß nur noch beschafft werden, was weiterhin zur dinglichen Realisirung des Planes erforderlich ist. Die bestätigte Auseinandersetzung ist vollstreckbar (§ 98); die Wegnahme einer beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher zu Gunsten

eines Erben ersetzt die Uebergabe an diesen (CPO. 897), nicht die Einigung über den Eigenthumsübergang; die Einwilligung der Uebrigen in den Eigenthumsübergang, welche sonst durch das Urtheil ersetzt wird (CPO. 894) kann hier nur in der bestätigten Auseinandersetzung gesucht werden, und wenn sie dieser nicht zu entnehmen ist, so kann sie nur im Proceßwege beschafft werden. Die Eintragung eines der Erben als des neuen Gläubigers einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld kann auf Grund eines Zeugnisses des Nachlaßgerichts erfolgen, welches nur ertheilt werden soll, wenn die Eintragungsbewilligung der Erben vor dem Nachlaßgericht zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Erklärungen nachgewiesen ist (GrdbO. § 37). Es wird sich also empfehlen, die Beurkundung dieser Erklärungen in die Beurkundung der Auseinandersetzung aufzunehmen. Nach § 99 der GrdbO. kann die Vorschrift des § 37 auch auf den Fall übertragen werden, daß einem der Miterben ein Grundstück oder Erbbaurecht zufallen soll, wie nach EG. 143 das Landesgesetz vorschreiben darf, daß die Auflassungserklärung vor dem Nachlaßgericht erfolgen kann. Bestehen derartige Vorschriften, so empfiehlt sich ebenfalls, die Auflassungserklärung in die Auseinandersetzung selbst aufzunehmen.

c. Der Erblässer kann durch letztwillige Verfügung für die Auseinandersetzung Anordnungen treffen, insbesondere anordnen, daß sie nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll (2048 S. 1. 2); damit dispensirt er von der Befolgung der streng gesetzlichen Theilungsweise der §§ 752 fg. Die Bestimmung des Dritten ist für die Erben dann nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil (2048 S. 3, vgl. 319). Der Dritte kann der Testamentsvollstrecker sein. Ist er dieß nicht, so hat sein Theilungsplan nur obligatorische Kraft, und es kann unter Zugrundelegung desselben auf Einwilligung der Miterben in die bestimmte Theilung geklagt, oder zunächst die Auseinandersetzung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit versucht werden. — Anordnung der Uebernahme eines Landguts s. 2049.

d. Bei jeder Art der Theilung sind aus dem Nachlasse zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Für nichtfällige oder streitige Verbindlichkeiten ist das Erforderliche zurückzubehalten (2046 Abs. 1). Fällt eine Verbindlichkeit nicht allen Miterben zur Last, z. B. ein nur einigen oder einem auferlegtes Vermächtniß, so können diejenigen, denen sie zur Last fällt, die Berichtigung nur aus demjenigen verlangen, was ihnen bei der Auseinandersetzung zukommt (2046 Abs. 2). Zur Berichtigung der Verbindlichkeiten ist der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen, auch wenn dieß der Vertheilung halber nicht erforderlich oder gar ausgeschlossen sein würde (2046 Abs. 3, vgl. 752. 753). Der Ueberschuß gebührt den Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile (2047 Abs. 1). Gemeinschaftlich bleiben Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, dessen Familie oder den ganzen Nachlaß beziehen (2047 Abs. 2; vgl. zu [12]).

3. Eine Theilung unter weniger als allen Miterben (vgl. zu [20]) in dem Sinne, daß etwa zwei die Erbschaft unter sich in reelle Hälften theilten, während der Dritte an jeder dieser Hälften ein ideelles Drittel behielte, ist nach BGB. nicht möglich, weil jene zwei nicht allein über die Erbschaftsgegenstände

verfügen können (2040 Abs. 1). Möglich ist eine Theilung unter Zustimmung aller in der Weise, daß für solche, denen ein gemeinschaftlicher Theil gebührt, dieser ausgeschieden wird, unter ihnen aber vorläufig ungetheilt bleibt (vgl. 2043, dazu ob. II, 1 und f. 1912). Ist bei der Theilung ein Gegenstand ungetheilt geblieben (s. zu [30]), sei es absichtlich (vgl. 2044 Abs. 1) oder unabsichtlich, so muß er Erbenvermögen bleiben. Die nachträgliche Theilung eines solchen Gegenstandes aber muß als Sachtheilung aufgefaßt werden; das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist für die Auseinandersetzung „in Ansehung des Nachlasses" im Ganzen gegeben. Wird einer der Parteien das Miterbrecht bestritten (s. zu [31]), so findet Feststellungsklage hierüber statt, welche mit der Klage auf Erbtheilung verbunden werden kann. Befindet sich ein Miterbe im alleinigen Besitz des Nachlasses, so kann jeder Miterbe gegen ihn nach §§ 2039. 2018 fg. auf Herausgabe nach den Grundsätzen des Erbschaftsanspruchs und zwar auf Herausgabe an alle Miterben zusammen, d. h. also auf Einlaß aller in den Mitbesitz klagen. Hiermit kann wiederum die Klage auf Theilung verbunden werden. Wenn Jemandem, der nicht Miterbe ist, etwas zugetheilt wird, wie wenn er Miterbe wäre (vgl. zu [32]), so hat er es nach den Grundsätzen des Erbschaftsanspruchs herauszugeben (2018 fg.); denn er hat auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt. Dieß ändert sich auch dann nicht, wenn die Zutheilung auf Grund eines Urtheils erfolgt, es wäre denn, daß dasselbe — auf besonderen Antrag — sein Erbrecht festgestellt hätte.

III. Die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Sind Miterben vorhanden, so entstehen in Betreff ihrer Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zwei ganz verschiedene Fragen: Haften sie als Gesammtschuldner oder haftet jeder zu seinem Erbtheile? Haftet jeder für den Theil, für den er überhaupt haftet, beschränkt oder unbeschränkt? die erste Frage ist vom Gesetz im Zusammenhange des Miterbenrechts beantwortet; die zweite untersteht den früher vorgetragenen Sätzen (ob. S. 463 fg.), zu denen das Gesetz hier nur einige Nachträge bringt (2062. 2063).

1. Grundsätzlich sind die Miterben Gesammtschuldner, aber nur in Bezug auf die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten (2058), nicht in Bezug auf solche, die einen (oder einzelne) allein treffen, wie ihm allein auferlegte Vermächtnisse und Auflagen. In erster Linie soll die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem ungetheilten Nachlaß erfolgen (2046); theilen die Erben ohne Beobachtung dieses Satzes, so haben sie sich über die Gesammthaftung nicht zu beklagen. Es kann aber die Sachlage sich so gestalten, daß die Gläubiger sich ihrerseits nicht zu beschweren haben, wenn die Theilung ohne Rücksicht auf sie vorgegangen ist. Dann tritt nach Theilung der Erbschaft auch Theilung der Haftung ein.

2. Bis zur Theilung des Nachlasses kann jeder Erbe unbeschadet des Rechts der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Nachlaß die Berichtigung der Verbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen verweigern. Haftet er für eine Verbindlichkeit unbeschränkt, so verliert er diese aufschiebende Einrede doch nur in Ansehung des Theils der Verbindlichkeit, welcher seinem Erbtheil entspricht (2059). Denn die Aussicht auf Theilung der Haftung nach der Nachlaßtheilung verliert er dadurch nicht, daß seine Haftung unbeschränkt wird.

3. Die Theilung der Haftung nach Theilung des Nachlasses tritt ein:

a) Wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist; in dieser Hinsicht wirkt das Aufgebot auch gegen Pflichttheilsberechtigte, Vermächtnißnehmer und Auflagen, nicht aber gegen die Gläubiger des § 1971. Auch der unbeschränkt haftende Erbe kann ein Aufgebot beantragen, um die Theilung der Haftung zu erzielen (2060 Ziff. 1, CPO. 997 Abs. 2).

b) Wenn ein Gläubiger (mit Ausnahme derjenigen des § 1971) fünfjährige Säumniß nach Maßgabe des § 1974 begeht. Wird ohne Anmeldung im Aufgebotsverfahren die Forderung nur einem Miterben vor Ablauf der fünf Jahre bekannt, so haftet dieser für das Ganze, die anderen nur für ihre Theile (2060 Ziff. 2).

c) Wenn der Nachlaßconcurs eröffnet und durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendet ist (2060 Ziff. 3). Erben, welche nicht unbeschränkt haftbar geworden waren (vgl. 2013), haften dann überhaupt nur nach § 1989 (s. ob. S. 471 fg.) und zwar nur zu ihren Theilen, unbeschränkt haftbar gewordene haften mit dem eigenen Vermögen, aber nur zu ihren Theilen. Die besondere Voraussetzung der Theilung der Haftung: die Theilung des Nachlasses, ist, wenn der Nachlaß im Concurse erschöpfend vertheilt ist, von selbst gegeben, und es können dann überhaupt nur noch unbeschränkt haftbar gewordene Erben zu ihren Theilen in Anspruch genommen werden; denn die Inanspruchnahme der nicht unbeschränkt haftbar gewordenen würde voraussetzen, daß sie einen Ueberschuß erhalten hätten.

d. Jeder Miterbe kann die Nachlaßgläubiger öffentlich (s. 2061 Abs. 2) auffordern, ihre Forderungen binnen sechs Monaten (s. 2061 Abs. 2 S. 2) bei ihm oder bei dem Nachlaßgericht anzumelden (diese Alternative muß offen gelassen werden). Ist diese Aufforderung erfolgt, so haftet nach der Theilung jeder Miterbe (gleichviel welcher die Aufforderung erließ) nach der Nachlaßtheilung nur zu seinem Theile, wenn nicht die Anmeldung erfolgt oder dem Miterben die Forderung zur Zeit der Theilung bekannt ist (2061). Ist die Anmeldung rechtzeitig erfolgt, so ist die Theilung der Haftung gegenüber allen Miterben verhindert. Wird dagegen ohne Anmeldung die Forderung vor der Theilung nur einem Miterben bekannt, so haftet dieser auf das Ganze, die anderen zu ihren Theilen. Bekanntschaft der Forderung bei der Nachlaßtheilung hindert die Theilung der Haftung auch dann, wenn die Bekanntschaft nach Ablauf der Frist eingetreten ist.

e. In jedem Falle kann die Theilung der Haftung nur bei theilbaren Schulden eintreten, bei untheilbaren muß § 431 maßgebend bleiben.

3. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann nur von allen Erben gemeinschaftlich beantragt werden, entsprechend ihrem gemeinschaftlichen Verwaltungsrecht; ist der Nachlaß getheilt, so kann er als solcher nicht mehr verwaltet werden, es ist also die specifische Nachlaßverwaltung ausgeschlossen. Eine Klage eines Miterben auf Einwilligung der übrigen zu dem Antrag auf Nachlaßverwaltung wird nicht zuzulassen sein, weil der Antrag auf Nachlaßverwaltung nicht als eine Maßregel der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses (2038 Abs. 1), sondern als

eine Schutzmaßregel zu Gunsten des Privatvermögens des Erben gegen den Nachlaßgläubiger erscheint. Der einzelne Erbe muß zum Aufgebotsverfahren und, wenn Ueberschuldung des Nachlasses sich zeigt, zum Antrage auf Concurseröffnung greifen; beides kann er allein ins Werk setzen (CPO. 991, vgl. 997, KO. 217 Abs. 1. 2). Ist auch nur ein Erbe für alle Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftbar geworden, so kann die Nachlaßverwaltung von Seiten der Erben nicht mehr beantragt werden, weil jener Erbe das Antragsrecht verloren hat (2013 Abs. 1 S. 1, vgl. Abs. 2), also nicht mehr alle gemeinschaftlich den Antrag stellen können.

4. Die Inventarerrichtung durch einen Miterben kommt den übrigen zu statten, soweit sie nicht vorher unbeschränkt haftbar geworden sind (2063 Abs. 1), oder es später werden auf einem Wege, der nach der Inventarerrichtung möglich bleibt (Verzicht, Verweigerung des Offenbarungseides). Für die Gläubiger genügt ein Inventar, gleichviel, welcher Erbe es errichtet hat. Ist ein Miterbe unbeschränkt haftbar geworden, so kann er den übrigen Erben gegenüber sich auf die Beschränkung seiner Haftung immer noch berufen (2063 Abs. 2); denn er kann ihnen stets entgegensetzen, daß sie selbst in der Lage gewesen wären, zu inventarisiren (Mot. V S. 676 fg.) Auch das von einem Erben veranlaßte Aufgebotsverfahren kommt den Miterben zu statten, wofern sie nicht bereits unbeschränkt haftbar geworden waren (CPO. 997).]

B. Die Collationspflicht*.

1. Einleitung.

§ 609.

In gewissen Fällen muß der Erbe, welcher seinen Theil von der Erbschaft haben will, seine Miterben an gewissen Stücken des eigenen

* Dig. 37, 6 de collatione bonorum. 37, 7 de dotis collatione. Cod. 6, 20 de collationibus. — Pfitzer über die Collation der Descendenten, 1807 (vgl. über diese Schrift das Urtheil Fein's in der sogleich zu nennenden Schrift S. VI. XVI. XVII). Kämmerer über die Collation der Dos bis zur Verordnung des Kaisers Gordian, Beiträge zur Geschichte und Theorie des r. R. Nr. 7 (1817). Francke Grundzüge der Lehre von der Collation, civil. Abhandlungen Nr. 4 (1826). Arndts RLex. III S. 809-848 (1841). Fein das R. der Collation, 1842 (das Hauptwerk über die Collation; dazu v. d. Pfordten in Richter's Jahrb. VIII S. 865 fg.). Ad. Schmidt (von Ilmenau) das Princip der prätorischen Collation, Jahrb. d. gem. R. IV S. 110 fg. (1860). Ders. das formelle R. der Notherben S. 106—125 (1862). Zimmermann zur Revision der Lehre von der Collation, ACPra. LI S. 389 fg. (1868). Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 III S. 201—494 (1875). Kohler ZS. für französ. CR. VII S. 365 fg. (1876. Wiederabgedruckt in den Gesammelten Abhandlungen I S. 224 fg.). Roßhirt Einleitung in das Erbr. S. 414—444 testamentarisches Erbr. II S. 201—221. Mayer § 124—128. Bering S. 559 fg. 651 fg. Köppen System S. 246 fg. [Lehrb. § 41—43]. Keller Institutionen S. 313 fg. Vangerow II § 515. 516. Sintenis III § 189. Brinz 1. Aufl. § 169—172. 2. Aufl. II § 409—411. Unger § 45—47. Dernburg III § 139—141.

Vermögens Theil nehmen lassen; man sagt: er sei verpflichtet zur Collation (zum Beibringen)[1].

Die Collation ist im Allgemeinen bestimmt, eine unbillige Ungleichheit zu beseitigen, welche sonst zwischen den Miterben vorhanden sein würde; im Besonderen zeigt ihre Entwickelung im römischen Recht verschiedene Grundgedanken.

1. Der älteste Fall der Collationspflicht im römischen Recht ist die Collationspflicht der Emancipirten[2], welche neben anderen in der Gewalt verbliebenen Descendenten zur Erbfolge gelangen. Als der römische Prätor den Emancipirten gleiches Intestat- und Notherbenrecht verlieh, wie den in der Gewalt verbliebenen Descendenten, zog er in Betracht, daß sie andererseits diesen gegenüber einen unbilligen Vortheil haben würden, wenn sie das nach der Emancipation erworbene Vermögen für sich behalten könnten, während ihre Miterben allen Erwerb für den Erblasser, und somit für die Erbschaft, gemacht hätten[3]. Jedoch hat der Prätor diesen Gedanken nicht in abstracter Allgemeinheit durchgeführt: er hat den Emancipirten die Verpflichtung zur Collation nicht unbedingt auferlegt, sondern nur für den Fall

---

[1] Man gibt wohl den römischen Ausdruck conferre, collatio wieder durch § 609.
den deutschen Ausdruck „Einwerfen". Mir scheint dieser Ausdruck nicht empfehlenswerth. Denn er bringt in die Vorstellung die unrichtige Färbung, als müsse das zu Conferirende zuerst mit der Gesammttheilungsmasse vereinigt, und erst durch diese hindurch an den Miterben gebracht werden; was anerkanntermaßen nicht richtig ist. Allerdings sprechen die Quellen von in commune conferre, in medium conferre, s. z. B. l. 1 pr. § 16 D. 37, 6, l. 4. 21 C. 6, 20, s. auch l. 17. 19 C. 6, 20; aber sie sagen auch, und zwar häufiger, fratri etc. conferre, ja sibi conferre, s. z. B. l. 1 § 24 D. 37, 6, l. 1 § 16 D. 37, 8, und in l. 3 § 2 D. 37, 6 wird eine Consequenz aus der Vorstellung des in medium conferre ausdrücklich abgewiesen. Mir scheint der Ausdruck „Beibringen", welcher eine unmittelbare Uebersetzung des römischen Ausdrucks ist, Alles zu leisten, was verlangt werden kann.

[2] Und der ihnen gleich Gestellten. Vgl. § 577 [2]. L. 1 § 14. l. 5 pr. D. 37, 6, l. 2 D. 37, 7; l. 5 pr. D. 37, 6, l. 4 D. 37, 8, l. 6 D. 38, 6; Coll. XVI, 7 § 2. S. auch l. 19 C. 6, 20.

[3] L. 1 pr. D. 37, 6. „Hic titulus manifestam habet aequitatem. Cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, paternorum bonorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna". Coll. XVI, 7 § 2: — „aequissimum putavit, neque eos bonis paternis carere per hoc quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus". L. 20 § 1 D. 37, 4. Keine Collation bei testamentarischer Berufung: l. 1. 9 C. 6, 20.

liert[25]. Es genügt aber zur Erlangung des Erbtheils schon Versprechen der Collation unter Bestellung gehöriger Sicherheit[26]. Ausgeführt wird die Collation durch Naturaltheilung[27] oder durch Ersatz im Werth[28], welche letztere dem Collationspflichtigen nach billigem Ermessen des Richters zu gestatten ist[29].[30]

---

sieht in der Bestimmung der Novelle eine Singularität. Für die herrschende Meinung Köppen a. a. O. S. 252 [1]. Für Collation nach dem Werth zur Zeit des Empfangs Dernburg III § 141 [11].

[25] So war es bei der collatio emancipati und der collatio dotis, und die Kaisergesetzgebung hat in dieser Beziehung nichts Neues bestimmt. L. 1 § 10. 13. l. 2 § 8. 9. l. 3 pr. D. 37, 6, l. 11. 12. 16 C. 6, 20 (nicht entgegen l. 1 pr. D. 37, 7, Fein S. 168). Arndts S. 812. 825 fg. 845. 847 fg., Fein S. 105 fg. 167 fg. 295 fg., Schmidt S. 119 fg., Brinz 1. Aufl. S. 732 fg., 2. Aufl. III S. 303, Vangerow II § 515 Anm. Nr. 6 a. E., Zimmermann S. 410. 422 fg. Sf. XXXI. 348. Die früher herrschende Meinung nahm (nach dem Erwerbe der Erbschaft) directen Zwang zur Collation an. Fein S. 295 fg., und so auch jetzt noch Sintenis § 189 [4], Leist S. 450 fg. (mit Berufung auf das deutsche R.). — In gleicher Lage wie der Collationspflichtige sind seine Gläubiger. Dieselben können nicht etwa seine Erbschaftsquote in Anspruch nehmen und es den Miterben überlassen, ihrerseits gegen den Collationspflichtigen als Forderungsberechtigte, also als Chirographargläubiger, aufzutreten. Thibaut Pand. § 883 [p], Fein S. 342. Auch wer ein Pfandr. an der Erbschaftsquote hat, kann dasselbe nur gegen Erfüllung der Collationspflicht in Anspruch nehmen. Wolff APraktRW. VII S. 278 fg. [Klage auf Collation nach Theilung der Erbschaft: Sf. LI. 188.]

[26] L. 1 § 9. 10. 11. 13. l. 2 § 9. l. 5 § 1 D. 37, 6. Arndts S. 812 fg., 825. 845, Fein S. 9 fg. 164. 297 fg., Schmidt S. 110. 117 fg. — Gewährt das beneficium inventarii Schutz gegen die Erfüllung des Collationsversprechens? Arndts S. 848, Fein S. 335 fg., Vangerow II § 516 [4], Zimmermann S. 411, Leist S. 478.

[27] L. 1 § 11 D. 37, 6. „Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est . .".

[28] L. 1 § 12 D. 37, 6. „Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit". L. 5 D. 37, 6.

[29] Auszugehen ist davon, daß der Collationsanspruch zunächst auf Herausgabe in natura gerichtet ist; l. 1 § 12 D. 37, 6 setzt Vereinbarung der Parteien voraus, l. 5 C. 6, 20 spricht von einem besonderen Fall. Aber wenn die Collation arbitratu boni viri geschehen soll ([23]), so wird dem Collationspflichtigen die Wertherstattung nicht verweigert werden dürfen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent anbietet und der Collationsberechtigte nicht ein besonderes Interesse an der Herausgabe in natura nachweisen kann. Die Meinungen sind verschieden. Vgl. Arndts S. 845, Fein S. 298 fg. (welcher, gewiß mit Unrecht, die Frage durch Nov. 97 c. 6 zu Gunsten der Wertherstattung für er-

[BGB. Schiffner Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. f. d. d. R. (Jena 1897) § 20—28. Rüger (ob. S. 481). S. 487 fg. Erdmann (ob. S. 481) S. 65 fg.

1. Nach BGB. findet die Ausgleichungspflicht statt unter Abkömmlingen, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen (2050 Abs. 1). Sind die Abkömmlinge zu Erben eingesetzt (vgl. § 610[5]), und zwar auf dasjenige, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder zu Erbtheilen, die zu einander in demselben Verhältniß stehen, wie die gesetzlichen Erbtheile, so soll im Zweifel angenommen werden, daß die Ausgleichung nach dem Willen des Erblassers stattfinden soll (2052).

2. Zur Ausgleichung zu bringen ist dasjenige, was ein Abkömmling von dem Erblasser bei Lebzeiten als Ausstattung (vgl. 1624 Abs. 1) erhalten hat, so weit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein Anderes angeordnet hat (2050 Abs. 1, vgl. ob. § 610 zu [18. 19. 9]). Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden (z. B. laufende Zuschüsse für eine verheirathete Tochter) sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe sind nur so weit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben (2050 Abs. 2; vgl. § 610 [16 Mitte]). Auch hier besteht die Möglichkeit, daß der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung ausschließt, trotzdem das Gesetz nichts davon sagt. Andere Zuwendungen unter Lebenden sind nur dann zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung dieß angeordnet hat (2050 Abs. 3; vgl. § 610 zu [16]). Der Ausschluß der Ausgleichungspflicht, wie deren Anordnung in Fällen, wo sie nicht von selbst besteht, müssen bei der Zuwendung selbst erfolgen. Will der Erblasser nachträglich eine Ausgleichungspflicht beseitigen, so muß er die Abkömmlinge oder mindestens den Ausgleichungspflichtigen zum Erben einsetzen und die nun nur präsumtiv eintretende Ausgleichungspflicht (2052) verneinen. Will er umgekehrt nachträglich eine Ausgleichungspflicht begründen, so muß er ebenfalls zur Erbeseinsetzung unter entsprechender Belastung greifen. Inwiefern ausgleichungspflichtige Zuwendungen bei der Pflichttheilsberechnung in Betracht kommen, darüber s. 2316 und dazu oben S. 400 fg. Sind es Schenkungen (vgl. 1624 Abs. 1), so kommen auch die Sätze von der Pflichttheilsergänzung (2325 fg.; ob. S. 407 fg.) zur Anwendung. — Eine Zuwendung aus ehelichem Gesammtgut (2054 Abs. 1) gilt als von jedem Gatten zur Hälfte gemacht, ist also bei der Beerbung eines jeden zur Hälfte zur Ausgleichung zu bringen. Stammt aber der Empfänger nur von einem der Gatten, so gilt die Zuwendung als von diesem allein herrührend. Dasselbe wird angenommen, wenn ein Gatte wegen der Zu-

---

ledigt hält, ebenso im Wesentlichen Zimmermann ACPra. LI S. 395 fg.), Sintenis III § 189 [34], Leist S. 465 fg., Brinz 2. Aufl. III S. 299. 302. — Bei der Collation durch Wertherstattung ist der gegenwärtige Werth des Collationsgegenstandes zu Grunde zu legen. L. 20 pr. C. 6, 20 enthält ein ius singulare, vgl. l. 30 § 2 C. 3, 28. Arndts S. 846 fg., Fein S. 304 fg. Leist S. 468.

[30] Manifestationspflicht des Collationspflichtigen. Vgl. S. Sp. I. 13 § 1 und Leist S. 455 fg. Sf. IX. 190, XII. 346 [1]. XV. 261, XIX. 169, XXIII. 189, XXXVI. 51.

wendung zu dem Gesammtgut Ersatz zu leisten hat (vgl. 1446. 1456. 1465.—1519 Abs. 2. — 1549). Entsprechende Sätze gelten bei Zuwendungen aus dem Gesammtgut fortgesetzter Gütergemeinschaft (2054 Abs. 2).

3. Zur Ausgleichung zu bringen ist nicht nur, was der miterbende Abkömmling selbst erhalten hat, sondern auch was der Vormann erhalten hat, den er ersetzt (2051 Abs. 1) und zwar entgegen der von Windscheid vertretenen Auffassung des gemeinen Rechts (§ 610 zu [20]) ohne Rücksicht darauf, ob etwas von der Zuwendung an den ferneren Abkömmling gelangt ist. Hat der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser nicht mehr erhalten soll, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde 2051 Abs. 2). Diese Vorschrift gilt zunächst, wenn der Ersatzerbe dem Abkömmling als dem gesetzlichen Erben substituirt ist, aber unter der Voraussetzung, daß bei Erbeseinsetzung überhaupt die Ausgleichung stattfindet, gilt sie auch zu Lasten des Substituten eines eingesetzten Abkömmlings. Sie gilt auch dann, wenn der Ersatzerbe seinerseits nicht Abkömmling ist; sie belastet ihn mit der Ausgleichuugspflicht, gibt ihm aber kein Recht auf Ausgleichung gegenüber den andern Abkömmlingen. Was ein entfernterer Abkömmling vor dem Wegfall des ihn ausschließenden näheren Abkömmlings erhalten hat, oder bevor er die rechtliche Stellung eines Abkömmlinge erlangt hatte, ist entgegen der § 610 zu [21] vertretenen Ansicht nur dann zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat. Das Gleiche gilt in Bezug auf Zuwendungen, die ein an Stelle eines Abkömmlings als Ersatzerbe tretender Abkömmling erhalten hat (2053).

4. Der Werth sämmtlicher Zuwendungen, welche zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Nachlaß hinzugerechnet, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet; also bleibt der etwaige Ehegattenantheil, oder der Antheil eines eingesetzten Dritten von der Berechnung unberührt (2055 Abs. 1 S. 2). Dieß entspricht der für das gemeine Recht § 609 zu [5,] § 610 zu [8] vertretenen Meinung. Die Ausführung der Ausgleichung (vgl. § 610 [c]) geschieht nach BGB. einfach durch Abrechnung. Jedem Miterben wird der Werth der von ihm zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendung auf seinen Erbtheil angerechnet (2055 Abs. 1 S. 1). Der Werth bestimmt sich nach der Zeit der Zuwendung (2055 Abs. 2). Damit werden die in § 610, 5 behandelten Fragen erledigt. Zu einer Zuzahlung ist der Ausgleichungspflichtige nicht verbunden. Er kann höchstens von dem Nachlaß ganz ausgeschlossen werden. Hat ein Miterbe durch die Zuwendung mehr (oder auch nur ebensoviel) erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so theilen die übrigen so, daß jener mit seiner Zuwendung und seinem Erbtheil außer Ansatz bleibt. Wenn z. B. bei einem Nachlaß von 12000 einer von vier Söhnen eine Zuwendung von 6000 zur Ausgleichung zu bringen hat, so wären an sich die Erbtheile der Söhne je 4500, der Empfänger der Zuwendung hat aber schon 6000 erhalten; nun werden nur die 12000 unter die drei andern Söhne vertheilt, das Viertel des Empfängers der Zuwendung wird ignorirt, d. h. die übrigen Söhne erhalten statt der Viertel vielmehr Drittel. Hat ein Miterbe mehrere Erbtheile, die in Ansehung der Ausgleichungspflicht (1935. 2095) oder allgemein (1927) als besondere gelten, so kann wegen der auf dem einen ruhenden Ausgleichungspflicht

der andere nicht herangezogen werden. Wenn z. B. ein Abkömmling mehreren Stämmen angehört, und daher doppelten Theil bekommt, so kann er wegen der Zuwendung, die sein Vormann in dem einen Stamme erhalten hat (2051), nur mit dem von diesem herrührenden Theil herangezogen werden.

5. Auskunft und Offenbarungseid: s. 2057; vgl. § 610 [30].]

IV. Rechtsverhältniß bei Vorenthaltung der Erbschaft*.

Einleitung.

§ 611.

Dadurch, daß dem Erben die Erbschaft von einem Dritten ganz oder theilweise vorenthalten wird, entsteht für den Erben ein Anspruch auf Herausgabe des Vorenthaltenen. Wird die Befriedigung dieses Anspruches verweigert, so steht dem Erben die Erbschaftsklage zu (I § 122). Was von diesem Anspruch und dieser Klage Besonderes zu sagen ist, hat seinen Grund hauptsächlich darin, daß es eben Erbschaft ist, was vorenthalten wird: Anspruch und Klage sind begründet durch Vorenthaltung von Erbschaft und sind gerichtet auf Herausgabe von Erbschaft[1]. Es empfiehlt sich übrigens, wie hier beim Eigenthumsanspruch (I § 193 fg.), des Näheren zuerst von dem Gegenstand[2] des Anspruchs und dann erst von seinen Voraussetzungen zu handeln[3].

* Dig. 5, 3 de hereditatis petitione. Cod. 3, 31 de petitione hereditatis. — Glück VII S. 491—572. VIII S. 1—20 (1804. 1807). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 1 (1833). Fabricius Rhein. Mus. VI S. 165 fg. (1833). Arndts Beiträge Nr. 1 (1837). Roßhirt testamentarisches Erbr. II S. 1 fg. (1840). Arndts RLex. V S. 207—238 (1844). Zimmermann ACPra. XXIX S. 212 fg. 454 fg. (1846). Francke Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione (1864). Mayer § 130—133. Vangerow II § 506—508. Sintenis III § 190—192. Brinz 1. Aufl. § 159—165. 2. Aufl. III § 400—402. Unger § 50—53. Eine Uebersicht gibt die Bresl. Diss. von E. Cohn (1883). Lammfromm zur Geschichte der Erbschaftsklage, Tüb. Diss. 1887 (Verhältniß des früheren R. zum SC. Iuventianum. Darüber Mitteis kr. VJS. XXXI S. 68 fg., Pfersche Grünh. ZS. XVII S.389 fg.). Köppen Lehrbuch S. 287—383 (1888). [Berthon de la petition d'hérédité en droit romain et en droit français. Th. de Paris 1894. Leinweber die hereditatis petitio. Berlin 1899. R. Leonhard der Erbschaftsbesitz. Jena 1899.]

[1] Daher dürfen die Quellenstellen, welche von dem einen dieser Punkte handeln, auch für den anderen verwerthet werden. Vgl. Arndts Beiträge S. 29. — Köppen Lehrb. S. 326. 330 fg. legt für den Anspruch des Erben, soweit er über das vom Erblasser Hinterlassene hinausgeht, die Kategorie der negotiorum gestio zu Grunde. § 611.

[2] Dieser Ausdruck ist besser, als der Ausdruck Inhalt, welcher beim Eigenthumsanspruch in früheren Auflagen [bis zur 3.] gebraucht war. Vgl. II § 252 [1]. § 262 [1].

A. Gegenstand des Erbschaftsanspruches.

§ 612.

1. Der Erbschaftsanspruch geht zunächst auf Herausgabe dessen, was der Gegner als Erbschaft gegenwärtig besitzt. Zur Erbschaft gehören aber nicht bloß die Sachen, welche im Eigenthum des Erblassers gestanden haben, sondern auch diejenigen, welche er in redlicher Weise erworben hat, sowie diejenigen, an welchen ihm ein zum Besitz befugendes dingliches Recht an fremder Sache zustand, oder ein Retentionsrecht, und selbst solche, welche er nur innehatte, für welche er aber haftete und jetzt der Erbe haftet[1]. Auch was der Besitzer

[a] Die hereditatis petitio ist eine vindicatio hereditatis, wie die rei vindicatio eine vindicatio rei ist. Gai. II, 20. IV, 17, l. 8 D. 5, 3, l. 19 i. f. D. 5, 2 u. a. Stellen m. Man streitet aber darüber, ob es die hereditas im objectiven Sinne (der Nachlaß) oder die hereditas im subjectiven Sinne (das Erbr.) sei (vgl. § 536 [a], § 605 [10]), welche mit der hereditatis petitio in Anspruch genommen werde. Für die letztere Auffassung Arndts Beiträge S. 15 fg. Pand. § 531 Anm. 2. unter Zustimmung Bieler; für die erstere Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio und der erbschaftlichen Singularklagen S. 13 fg., Francke S. 2, Brinz 1. Aufl. S. 682 2. Aufl. III S. 215, Köppen Lehrb. S. 291. — Unger (§ 50 [a]) hat diesen Streit einen müssigen genannt, und in der That werden praktische Consequenzen aus den entgegenstehenden Ansichten nicht gezogen. Wenn man aber nach dem Zusammenhange der Begriffe fragt, so scheint es mir doch unbestreitbar, daß den Römern in der hereditatis petitio die hereditas als Sache erschienen ist, wie als Gegenstand der rei vindicatio die körperliche Sache. Man lese nur Gai. IV, 17, wo die hereditas als Vindicationsgegenstand mit columna, grex, fundus, aedes auf ganz gleiche Linie gestellt wird. Freilich besteht diese Sache, welche den Gegenstand der hereditatis petitio bildet, aus Ren, und von diesen Ren behauptet der Kläger, daß sie sein seien nicht als diese einzelne, sondern als von einem Verstorbenen hinterlassene; er behauptet also, daß die von einem Verstorbenen hinterlassenen Re sein seien, oder mit anderen Worten, daß er Erbe des Verstorbenen sei. Aber auch bei der rei vindicatio ist die Behauptung des Klägers, daß die Sache sein sei, nur ein anderer Ausdruck für die Behauptung, daß das Eigenthumsr. an der Sache sein sei, und doch sagt Niemand, die rei vindicatio sei nicht rei, sondern dominii vindicatio. — Eine praktische Bedeutung würde die Arndts'sche Ansicht namentlich dann haben, wenn man aus ihr die Consequenz ziehen wollte, daß die Erbschaftsklage auch angestellt werden könne ohne thatsächliche Vorenthaltung der Erbschaft bei bloß wörtlicher Bestreitung des Erbr. und diese Consequenz ziehen ihre Anhänger aus derselben nicht. Uebrigens darf m. E. diese Frage nicht unbedingt verneint werden. Vgl. I § 45 [8], und s. auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 85.

§ 612. [1] Für das bis hierher Gesagte vgl. l. 18 § 2. l. 19 pr. § 2 D. 5, 3., l. 41 § 1 D. 5, 3. Francke S. 203 fg. Wie ist es mit Sachen, welche zwar im juristischen, aber nicht im redlichen Besitze des Erblassers waren? Dafür, daß auch diese mit der hereditatis petitio abgefordert werden können, Ihering über den Grund des Besitzesschutzes S. 85 fg., Dernburg III § 172 [23] [Lein-

selbst dem Erblasser schuldig war oder der Erbschaft schuldig geworden ist, gehört zur Erbschaft[2]. Ferner gehört zur Erbschaft, was für die Erbschaft angeschafft worden ist[3], und was an die Stelle von Erbschaftssachen getreten ist[4]. Endlich gehört zur Erbschaft auch, was von Erbschaftssachen gewonnen worden ist[5].

2. Der Erbschaftsanspruch geht möglicherweise auch auf Ersatz für das früher als Erbschaft Besessene[6]. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden, ob der Verlust vor oder nach der Ladung[7] eingetreten ist, und ob der Besitzer in gutem oder bösem Glauben war[8]. Nach der Ladung haften alle Besitzer wegen Arglist und Nachlässigkeit[9], der

weber S. 20 fg.; anders für die Aestimationsfrage]; dawider Francke S 205, Bruns Besitzklagen S. 16. Vgl. l. 1 C. Th. 4, 21 und unten § 614 [5]. Sf. XIV. 147, XVIII. 93, XXXI. 346 (Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 244 fg.)

[2] L. 13—16 pr. § 3 D. 5, 3. [Vgl. Leinweber S. 7 fg.]

[3] Nicht was zwar mit Erbschaftsgeld, aber nicht für die Erbschaft angeschafft worden ist. L. 20 pr. § 1 D. 5, 3. Francke S. 211 fg., Ruhstrat ACPra. LXVII S. 293 fg. [Schulte Inwiefern unterscheidet sich der Satz: res succedit in locum pretii in der Erbschaftsklage und der Dotalklage? Erl. Diss. 1897. Leinweber bes. S. 48 fg. (die Haftung des bf. possessor aus Rgeschäften über die res aliena (auch zum Folgenden).]

[4] Kaufpreise, Zahlungen von Schuldnern, Abfindungen im Processe, Ansprüche aus Verlust oder Beschädigung von Erbschaftssachen. L. 16 § 1. 2. 4. 5. 7. l. 20 § 2. l. 22. l. 23 § 1. l. 25 pr. § 18. l. 30. l. 31 § 5. l. 34 § 1. l. 35. l. 40 § 2 D. 5, 3; vgl. l. 24 eod. (Francke S. 264 fg.).

[5] Namentlich also Früchte im engeren Sinne, Pacht und Miethgelder, Zinsen (partus ancillae, Sclavenerwerb). L. 13 § 7. l. 20 § 3. l. 25 § 20 — l. 30. l. 40 § 1. l. 52. 55. 56 D. 5, 3, vgl. l. 20 § 18. l. 24 D. 5, 3. Francke S. 214 fg. 313 fg. Göppert organische Erzeugnisse S. 127 fg. [Rachon de la règle fructus augent hereditatem. Th. de Paris 1893.] ✓

[6] Ueber diesen Punkt sind Bestimmungen getroffen worden durch einen Senatsbeschluß aus der Regierungszeit K. Hadrian's (129 n. Chr.), das s. g. SC. Iuventianum, dessen Wortlaut in l. 20 § 6 D. 5, 3 berichtet ist. Jedoch enthält dieser Senatsbeschluß nicht ausschließlich neues R., sondern wiederholt theilweise Sätze, welche bereits durch die Doctrin und Praxis ausgebildet worden waren. Francke S. 225. 226. — Seinem Wortlaute nach bezog sich dieser Senatsbeschluß nur auf die caducorum vindicatio durch den Fiscus; aber er ist ohne Anstand auf die hereditatis petitio überhaupt ausgedehnt worden. L. 20 § 7—10 D. 5, 3, l. 1 pr. C. 3, 31.

[7] Vorausgesetzt, daß dieselbe auch zur Kenntniß des Besitzers gekommen ist. L. 20 § 6 i. f. 11. l. 25 § 7 D. 5, 3. Vgl. I § 126 [5]. Francke S. 235 fg. Kipp Litisdenuntiation § 21. CPO. § 239. 230 [267. 253].

[8] L. 20 § 13. l. 25 § 3. 5. 6 D. 5, 3. [Leinweber S. 170 fg. (die Haftung des m. f. possessor.]

[9] Auch der gutgläubige Besitzer: derselbe, sagen die Quellen, komme durch die Ladung in mala fides. L. 20 § 11. l. 25 § 7. l. 31 § 3 D. 5, 3. Ueber diesen zu weit gehenden Ausdruck s. I § 124 [5].

bösgläubige Besitzer auch wegen Zufalls[10]. Vor der Ladung haftet der bösgläubige Besitzer wegen Arglist[11] und Nachlässigkeit[12] während der gutgläubige Besitzer, welcher den Besitz verloren hat, nur soweit verhaftet bleibt, als er noch bereichert ist[13]. Daher haftet er namentlich nicht für das, was er aus der Erbschaft verzehrt hat, er müßte

[10] L. 40 pr. D. 5, 3. Ueber die diesem Satz hinzuzufügende Beschränkung s. I § 124 [9], II § 280, 2. Francke S. 359 fg.

[11] L. 20 § 6. l. 25 § 2. 9. l. 13 § 2 D. 5, 3. Dieser Satz steht im Senatsbeschlusse; aber es ist nicht unwahrscheinlich, daß er schon früher gegolten habe. Francke S. 149 fg. 270. Pernice Labeo II S. 255. A. M. Voigt ius naturale III S. 584 [939]. Lammfromm a. a. O. S. 124 fg.

[12] L. 25 § 2. l. 18 pr. l. 31 § 3. l. 54 § 2 D. 5, 3, vgl. l. 20 § 4. l. 36 § 2 eod. Speciell über den Fall der Nichteinziehung von Erbschaftsforderungen s. l. 25 § 2. l. 31 § 4 D. 5, 3 und dazu Francke S. 276 fg. — Nach dem I § 193 [18] Gesagten kann aber der bösgläubige Besitzer wegen Nachlässigkeit bloß dann haftbar gemacht werden, wenn er trotz des Besitzverlustes noch fortfährt, Erbschaft zu besitzen, nicht wenn er alles Besessene verloren hat. — Gegen die Meinung, daß der bösgläubige Besitzer, (vor der Ladung) auch für Zufall hafte (so auch Neuner Wesen und Arten der Privatrverhältnisse S. 184 fg., vgl. I § 193 [13]), s. Francke S. 256 fg. 274, Unger § 52 [8], Arndts Pand. § 533 [8] (gegen RLex. V S. 224). Köppen Lehrb. S. 343 unterscheidet zwischen dem praedo und „dem m. f. possessor, der kein Prädo ist, weil er einen Titel hat, wie der emptor universitatis".

[13] L. 20 § 6 D. 5, 3: — „eos . . qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat (sc. condemnandos), quo locupletiores ex ea re facti essent". L. 25 § 11 D. 5, 3: „Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt; plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis". Je mehr die Bereicherung schwindet, desto mehr mindert sich auch die Verhaftung des redlichen Besitzers, und so ist der entscheidende Zeitpunkt schließlich der des Urtheils (natürlich vorausgesetzt, daß der redliche Besitzer nach dem Proceßbeginn seine Pflicht erfüllt hat). L. 36 § 4 D. 5, 3. Francke S. 353 fg. — Hierher gehört die Schrift von Schröder, das Commodum bei der Erbschaftsklage, Heidelberg 1876. Der Grundgedanke dieser Schrift ist, daß die Verpflichtung des redlichen Besitzers, den Erwerb aus der Erbschaft und für die Erbschaft herauszugeben, nicht, oder doch nicht in allen Fällen, darauf beruhe, daß dieser Erwerb als „Erbschaft" angesehen werde, sondern auf einer positiven Bestimmung des r. R.; durch welche dem Erben für die ihn treffende Gefahr habe Ersatz gegeben werden sollen. Auch ich glaube, daß man dem r. R. Unrecht thun würde, wenn man annehmen wollte, daß es sich hier durch die Worterklärung in entscheidender Weise habe bestimmen lassen. Es würde die Worterklärung gewiß nicht festgehalten haben, wenn es dieselbe aus sachlichen Gründen nicht für zutreffend gehalten hätte. Daß aber andererseits der römische Judex auf Heraus-

denn dadurch sich Ausgaben aus dem eigenen Vermögen erspart haben[14]; hat er Erbschaftssachen verkauft, so braucht er nur herauszugeben, was vom Kaufpreise an ihn gelangt und bei ihm geblieben ist[15]; hat er Erbschaftsgeld ausgeliehen, so ist er frei, wenn er das dadurch erworbene Forderungsrecht herausgibt[16]. Wenn der Erb-

---

gabe der bezeichneten Erwerbe zu verurtheilen deßwegen berechtigt war, weil er angewiesen worden war, auf Herausgabe der „hereditas" zu verurtheilen, leugnet der Verf. selbst nicht (S. 33. 69). Den Beweis, welchen er dafür unternimmt, daß das r. R. die bezeichneten Erwerbe in der That als „Erbschaft" nicht aufgefaßt habe, halte ich nicht für gelungen. Vgl. über diese Schrift Kohler kr. VJS. XIX S. 498 fg.

[14] L. 25 § 12—16 D. 5, 3.

[15] L. 20 § 17—20. l. 23— l. 25 § 1 D. 5, 3, l. 16 § 5. l. 18 pr. eod. Hat er die Sache später zurückgekauft, so muß er neben der Sache auch den beim Verkauf und Wiederkauf gemachten Nutzen herausgeben. L. 22 D. 5, 3. Francke S. 258 fg. — Selbst indirekt soll der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des bereits verzehrten Kaufpreises nicht genöthigt werden können; deßwegen wird in diesem Fall dem Erben die rei vindicatio gegen den Käufer versagt, wenn dieser einen Rückgriff gegen den Erbschaftsbesitzer hat. L. 25 § 17 D. 5, 3. Freilich ist es nicht allgemein anerkannt, daß diese Stelle den bezeichneten Satz enthält; vgl. darüber I § 186 [16], Arndts RLex. V S. 228 fg., Planck Mehrheit der Rstreitigkeiten im Proceßr. S. 213 fg., Dernburg (§ 611 [3]) S. 85 fg., Francke S. 154 fg. 302 fg., Sintenis III § 191 [16], Vangerow II § 508 Anm. Nr. 1. 3, Brinz 2. Aufl. III § 401 [19], Bolze ACPra. LVII S. 267 fg., Schröder a. a. O. S. 14. Joseph Jahrb. f. Dogm. XVI S. 209 fg., Serafini Arch. giur. XX p. 403 s., Francke (Obergerichtsrath) ACPra. LXI S. 299 fg., Ruhstrat das. LXVII S. 377 fg., Wendt S. 861, Köppen Lehrb. S. 307. Mommsen in seiner Pandektenausgabe, welcher die unbestreitbare Lesart „nisi" nicht ansicht, äußert die Vermuthung, die Worte „nisi . . habent" seien nicht von Ulpian. Gradenwitz Interpolationen S. 79. 80. Auch das ist nur Nothbehelf gegenüber der vermeintlichen Unerträglichkeit des Inhalts der Stelle. Eine andere noch weniger empfehlenswerthe, Emendation bei Bolze a. a O. Serafini a. a. O. versteht das „nisi" in dem Sinne von „mit der Maßgabe jedoch", was sprachlich nicht unmöglich ist, aber zu dem Zusammenhang der Stelle nicht paßt. Gegen Serafini Joseph kr. VJS. XXI S. 121 fg., Brinz das. S. 125 *, für denselben Francke Jen. Literaturzeit. 1878 S. 399 fg. und a. a. O. Was die vermeintliche Unerträglichkeit des Inhalts der Stelle angeht, so bemerke man noch: die Stelle sagt unbestritten, daß der Erbe keinen Anspruch gegen den Käufer (der Käufer gegen den Erben eine Einrede) habe, wenn der Kaufpreis an den Erben gelangt sei, möge auch der Kaufpreis dem Werth der Sache nicht entsprechen: auch hier entnimmt der Käufer seine Vertheidigung aus dem Verhältniß des Erben zum Erbschaftsbesitzer. [Trenkel die Vindicationsbefugniß des Erben hinsichtlich der Erbschaftssachen, welche der gutgläubige Besitzer der Erbschaft verkauft hat. Gött. Diss. 1891. Schippers Inwieweit ist der Erbe befugt, Erschaftssachen zu vindiciren, welche der gutgläubiger Besitzer der Erbschaft veräußert hat? (Nach gem. Re und dem BGB.) Erl. Diss. 1898.]

[16] L. 30 D. 5, 3. Francke S. 318 fg.

schaftsbesitzer auf Ersatz haftet, so muß er dem Erben sein volles Interesse leisten; für den Beweis desselben gelten die allgemeinen Grundsätze[17]. Nur wenn eine Erbschaftssache im Interesse der Erbschaft selbst veräußert worden ist, braucht bloß das für dieselbe Erlangte herausgegeben zu werden[18], wie umgekehrt das für eine veräußerte Erbschaftssache Erlangte unter allen Umständen und selbst dann herausgegeben werden muß, wenn aus dem Gesichtspunkt der Interesseleistung ein Anspruch gegen den Besitzer nicht oder nicht in dieser Höhe zu begründen wäre[19]. — Wie im Falle des Besitzverlustes haftet der Besitzer auch im Falle der Verschlechterung des Besessenen[20].

---

[17] L. 20 § 21. l. 25 § 10 D. 5, 3. CPO. § 260 [287].

[18] L. 20 § 1. 2. l. 33 § 1. l. 53 D. 5, 3, l. 20 § 12. 16 eod. l. 5 pr. eod. Vgl. übrigens zu l. 20 § 2 und l. 33 § 1 citt. auch Ruhstrat ACPra. LXVII S. 372 fg., welcher diese Stellen von einem nicht ersatzpflichtigen Besitzer versteht und in ihnen eine dem SCum Iuventianum vorhergehende Lehrmeinung ausgedrückt findet.

[19] Aus dem Gesichtspunkt der Interesseleistung ist ein Anspruch auf den erzielten Kaufpreis ꝛc. gegen den unredlichen Besitzer (und gegen den redlichen nach der Ladung) nicht zu begründen, wenn der Verlust der Erbschaftssache auch ohne die Veräußerung eingetreten sein würde, — „si . . res . . eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset", l. 36 § 3 D. 5, 3. S. auch l. 33 § 1 eod.; l. 25 § 8 D. 5, 3 („sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non exstet, locum habebit haec clausula") nimmt auf den hier bezeichneten Fall keine Rücksicht. Die Interesseforderung geht nicht auf die Höhe des erzielten Kaufpreises, wenn die Sache zu theuer verkauft worden ist, oder wenn sie inzwischen in einer Weise schlechter geworden ist, wie sie auch ohne den Verkauf schlechter geworden sein würde, l. 36 § 3 D. 5, 3, vgl. l. 22 eod. Daß aber der erzielte Kaufpreis unter allen Umständen herausgegeben werden muß, dafür l. 36 § 3. l. 33 § 1. l. 18 pr. D. 5, 3, l. 20 § 12. 16 D. 5, 3, vgl. auch l. 22 D. 5, 3. Als Grund dieses Satzes wird in l. 36 § 3 cit. angegeben, daß der unredliche Besitzer nicht in einer besseren Lage sein dürfe, als der redliche, vgl. auch l. 28. l. 33 § 1 eod. Aber der entscheidende Grund ist dieß nicht; sonst müßte der unredliche Besitzer den Kaufpreis auch nur soweit herausgeben, als er ihn noch hat, und s. l. 18 pr. D. 5, 3. Der eigentliche Grund ist, daß der Kaufpreis an Stelle der verkauften Sache getreten und dadurch Erbschaft geworden ist (⁴), l. 22 D. 5, 3, vgl. l. 21 D. 18, 4. Deßwegen haftet der unredliche Besitzer auf den Kaufpreis nach Wahl des Erben auch wenn er die Sache später wieder erworben hat, l. 22 cit. — Hat der unredliche Besitzer zu wohlfeil verkauft, so soll er nach l. 20 § 21 D. 5, 3 auf „verum pretium" haften. Francke S. 254 bezieht diese Stelle auf den Fall, wo bei Nichtveräußerung die Sache dem Erben nicht verloren gegangen sein würde, und versteht daher unter dem „verum pretium" das (durch Schätzungseid zu bestimmende) Interesse. Ich glaube nicht, daß der Gegensatz des in der Stelle unmittelbar Vorhergehenden diese Erklärung zuläßt.

[20] L. 31 § 3. l. 54 § 2 D. 5, 3.

3. Wegen nicht gezogener Früchte, die ein ordentlicher Mann gezogen haben würde, haftet der unredliche Besitzer von Anfang an[21], der redliche nach der Ladung[22], der unredliche nach der Ladung auch für die höheren Früchte, welche der Erbe nach seiner besonderen Lage hätte ziehen können[23]. Für Zinsen[24] gilt das Gleiche wie für die Früchte im engeren Sinne, nur daß der unredliche Besitzer vor der Ladung für nicht gezogene Zinsen nicht einsteht[25].

[BGB. Blumenstein, der Erbschaftsanspruch nach dem BGB. Erl. Diss. (1897), Rüger, sächs. Arch. f. bürg. R. u. Pr. IX S. 493 fg. (1899), R. Leonhard (§ 611*)

1. Der Erbschaftsanspruch des BGB. richtet sich zunächst, wie im gemeinen Recht, auf Herausgabe dessen, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat und noch hat (2018). Unzweifelhaft genügt, daß die erlangte Sache sich zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitz befand, die dahingehende Bestimmung des I. Entw. (§ 2081 Ziff. 1) hat die II. Commission als entbehrlich gestrichen (Prot. S. 7831; vgl. Leonhard S. 13.). Vor-

---

[21] L. 25 § 4. l. 20 § 2. 12 D. 5, 3, § 2 I. 4, 17.

[22] L. 1 § 1 C. 3, 31, § 2 I. cit.

[23] Nach dem Gesichtspunkt des Verzuges. Vgl. I § 124[6]; a. M. auch Francke S. 283 fg.

[24] Francke S. 227 fg. 272 fg. 393 fg.

[25] Es kann ihm nicht zur Schuld angerechnet werden, daß er das Geld, welches er in Händen hatte, nicht zinsbar angelegt hat, da er die Anlage auf seine Gefahr hätte machen müssen; er darf nicht Erbschaftsgeld in einer dafür eingetauschten Forderung herausgeben wollen. L. 62 pr. D. 6, 1. „Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non atti[n]git, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur“. L. 20 § 14. l. 30 D. 5, 3. Francke S. 272 fg. 318 fg. [Pernice Sav.-ZS. XIX S. 132 fg. (1898) bezieht die Zinsfreiheit des bösgläubigen Besitzers nur auf Gelder, welche der Absicht des Erblassers gemäß auch der Erbe selbst nicht ausleiht (pecunia quam heres non attingit). Wohl mit Recht.] Nach der Ladung haftet der unredliche Besitzer für nicht gezogene Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzugs; er haftet nicht deßwegen, weil er Zinsen hätte ziehen sollen, sondern deßwegen, weil der Kläger Zinsen hätte ziehen können. L. 20 § 12 i. f. D. 5, 3, l. 1 C. 6, 35. Francke S. 393 fg. — Dafür daß der redliche Besitzer nach der Ladung für nicht gezogene Zinsen haftet, s. l. 20 § 11 D. 5, 3, l. 1 § 1 C. 3, 31. Die Anschauung ist also die, daß der redliche Besitzer allerdings befugt sein soll, Erbschaftsgeld in Forderungen herauszugeben, wenn er es auch nach der Ladung im Wege ordnungsmäßiger Verwaltung in Forderungen umgesetzt hat, und daß er daher andererseits auch zur ordnungsmäßigen Anlage von Erbschaftsgeld verpflichtet sein soll. Anders Francke S. 277 fg., aber, wie mir scheint, nicht überzeugend. S. auch I § 124 [6 a. E.].

behalten müssen bleiben alle Einreden des Beklagten aus irgend welchen dem Erblasser und jetzt dem Erben gegenüber wirksamen Rechten auf den Besitz des Erlangten. Wer eine einzelne Sache aus der Erbschaft an sich nahm, weil er sie dem Erblasser geliehen hatte, haftet dem Erbschaftsanspruch gar nicht, weil er nicht Erbschaftsbesitzer ist; wer unter der Prätention seines Erbrechts die Erbschaft in Besitz nahm und deßhalb als Erbschaftsbesitzer haftet, kann bei Herausgabe des Erlangten das, was er dem Erblasser geliehen hatte, aussondern und zurückbehalten, muß aber den Beweis seines s. g. Singulartitels führen (vgl. § 614 [5]). Sachen, welche schon bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen weggenommen sind, können mit der Erbschaftsklage nicht gefordert werden (vgl. Leonhard S. 12).

2. Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (2019 Abs. 1) (vgl. Leonhard S. 9 fg. 14 fg.). Damit ist eine dinglich wirkende Surrogation gemeint (Prot. d. II. Comm. S. 7833 fg. 8707 fg.), so daß das Erworbene in das Eigenthum des wahren Erben fällt. Und zwar genügt es, daß das Entgelt für den Erwerb aus der Erbschaft entnommen wird; daß das Erworbene für die Erbschaft angeschafft ist (zu [3]), ist nicht erforderlich. Wenn andererseits nach gemeinem Recht das für die Erbschaft Angeschaffte auch dann Erbschaftsgegenstand ist, wenn es nicht mit Mitteln der Erbschaft angeschafft wurde, vorbehaltlich des Verwendungsanspruchs des Erbschaftsbesitzers und seines Aussonderungsrechtes, wenn die Erbschaft kein erhebliches Interesse an der Sache hat (l. 20 pr. D. 5, 3), so gilt das im BGB. nicht (Leonhard S. 15). Man hat die sehr weit gehende dingliche Surrogation, welche man aufstellte, für nothwendig gehalten, weil sie allein den Erben im Concurse des Erbschaftsbesitzers sichere und weil sie verhindere, daß der Erbschaftsanspruch sich in eine Anzahl persönlicher Ansprüche auflöse; sie sei auch unschädlich, da dritte Personen, welche durch Surrogation der Erbschaft zugefallene Gegenstände vom Erbschaftsbesitzer erworben hätten, durch die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben genügend geschützt seien (Prot. S. 7836). Diese Vorschriften versagen aber, wenn der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft eine Forderung erwirbt. Darum ist dem Schuldner für diesen Fall ein besonderer Schutz verliehen (2019 Abs. 2): er braucht die Zugehörigkeit der Forderung zur Erbschaft erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit, d. h. den Thatsachen, aus denen sie folgt, Kenntniß erlangt; die Vorschriften der §§ 406—408 finden entsprechende Anwendung. Der Schuldner ist also geschützt, wie ein (von dem Erbschaftsbesitzer dem Erben) cedirter Schuldner, der die Abtretung nicht kennt. Daß auch dasjenige zum Nachlaß gehört, was auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechts oder als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes erworben wird (vgl. 2041 S. 1. 718 Abs. 2. 1370), hat man zu bestimmen nicht für nöthig erachtet. § 2081 Ziff. 2 des I. E., welche diese Bestimmung enthielt, ist von der II. Commission (Prot. S. 7831 fg.) gestrichen worden, aber nur als überflüssig, weil es sich um Gegenstände handle, die auch ohne besondere Vorschrift von selbst an den Erben fallen. Treibt der Erbschaftsbesitzer etwas auf eine Erbschaftsforderung ein und geht diese unter, weil der Besitzer durch Erbschein legitimirt war (2367), so ist das Eingetriebene Erb-

schaft geworden nach § 2019; geht aber die Erbschaftsforderung nicht unter, so kann man m. E. nicht mit Leonhard S. 15 sagen, daß das Eingetriebene unter dem Titel der Nutzungen (Gebrauchsvortheile) herauszugeben ist.

3. Der Erbschaftsbesitzer hat ferner die gezogenen Nutzungen herauszugeben, also Früchte und Gebrauchsvortheile (100), die Früchte auch dann, wenn er Eigenthum daran erworben hat (2010). Behandelt das Gesetz den Eigenthumserwerb des Erbschaftsbesitzers an Früchten überhaupt als möglich, so muß er zunächst sicher Eigenthum erwerben an den Früchten, die er als gutgläubiger Sachbesitzer separirt (955). Ob dasselbe auch für Civilfrüchte gilt, die ihm tradirt werden, oder ob und wie weit hier das Surrogationsprincip des § 2019 Abs. 1 gilt, kann zweifelhaft sein. Folgerichtig aber muß das Gesetz den Eigenthumserwerb des Besitzers auch bei den Civilfrüchten anerkennen, wenn es ihn bei den Naturalfrüchten anerkennt. Dieß entspricht auch der Absicht der II. Commission (Prot. S. 7838). Man hat gegen die Ausdehnung des Surrogationsprincipes auf die Früchte das Bedenken gehabt, daß, wenn man sie annehme, der Erbschaftsbesitzer nicht mehr würde einwenden können, daß er aus den Nutzungen nicht mehr bereichert sei (sondern nur seine Verwendungen in Abzug bringen könnte). Allerdings ist diese Erwägung nicht zutreffend, denn wenn der Besitzer die Nutzungen nicht mehr hat, könnte er nach § 2021 unzweifelhaft den Verlust der Bereicherung einwenden, auch wenn die dingliche Surrogation anerkannt würde. Wenn er sie aber noch hat und gleichwohl behaupten kann, daß er durch sie nicht bereichert ist, weil er mit Rücksicht auf ihren Erwerb sich Ausgaben gestattet hat, die er andern Falls nicht gemacht haben würde, so hilft ihm dieß nach dem Wortlaut des Gesetzes nichts; denn § 2021 beschränkt die Verpflichtung des Besitzers auf das Maß der ungerechtfertigten Bereicherung nur für den Fall, daß der Besitzer zur Herausgabe außer Stande ist. Wollte die zweite Commission das Ergebniß herbeiführen, daß der Erbschaftsbesitzer auch in Ansehung der Früchte, die er noch hat, nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung haftet, so hätte sie eine dahingehende besondere Bestimmung aufstellen müssen. Planck-Ritgen zu § 2020 unter 1, e, erklärt sich dafür, diese Bestimmung in § 2020 hinein zu interpretiren, wiewohl anerkennend, daß dieß gewagt ist. Aber im Interesse des vom Gesetzgeber gewünschten und sachlich billigenswerthen Ergebnisses mag das Wagniß zulässig erscheinen.

4. Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außer Stande ist, haftet er, wenn nicht besondere Gründe die Haftung verschärfen, m. a. W. wenn er gutgläubig und keine Rechtshängigkeit eingetreten ist, nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (2021; vgl. zu [13]).

5. Tritt Rechtshängigkeit ein, so ist der Einfluß dieses Ereignisses auf die Haftung kein einheitlicher.

a. Soweit körperliche Sachen herauszugeben sind, steigert sich die Haftung in der Weise, wie bei dem Anspruch des Eigenthümers; es wird also gehaftet für jedes Verschulden, auch in Bezug auf Versäumung von Nutzungen (2023. 987. 989).

b. Rechte, welche zur Erbschaft gehören, sind nicht Gegenstand der Herausgabe; der Erbe hat diese Rechte ohne Herausgabe; es kann also § 292 nicht zur Anwendung kommen. Der Erbschaftsbesitzer kann insbesondere nicht haften für das, was er auf solche Rechte einzuheben unterläßt.

c. Für den obligatorischen Theil des Erbschaftsanspruchs sollen nach Ansicht der II. Commission (Prot. S. 7846) die Bereicherungsgrundsätze maßgebend bleiben; das müssen aber die sein, welche nach der Rechtshängigkeit Platz greifen. Die Bereicherungsbeträge, welche zu zahlen sind, werden also mit der Rechtshängigkeit verzinslich (818 Abs. 4. 291); Wegfall der Bereicherung hebt die Haftung nicht mehr auf (818 Abs. 4, vgl. Abs. 3).

6. Ist der Erbschaftsbesitzer bei Beginn des Erbschaftsbesitzes nicht in gutem Glauben, d. h. weiß er oder weiß er in Folge grober Fahrlässigkeit nicht (932 Abs. 2), daß er nicht Erbe ist, so haftet er ebenso wie sonst nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Dasselbe gilt, wenn er später erfährt, daß er nicht Erbe ist, von Erlangung der Kenntniß an; daß er in Folge grober Fahrlässigkeit die Kenntniß nicht erlangt, begründet die verschärfte Haftung nicht (2024 S. 1. 2, vgl. 990 Abs. 1. 819). Eine weitergehende Haftung wegen Verzuges bleibt unberührt (2024 S. 3; vgl. 990 Abs. 2). Der durch Mahnung oder Klageerhebung (284) in Verzug gesetzte bösgläubige Besitzer haftet also auch für Zufall nach Maßgabe von § 286 fg., während auf den gutgläubigen Besitzer, auch wenn er in leichter Fahrlässigkeit ist, die Verzugsgrundsätze nicht angewandt werden (vgl. I S. 549 fg.).

Hat der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung erlangt, z. B. durch Betrug auf Grund eines unrichtigen Erbscheines, dessen Unrichtigkeit er kennt, einen Erbschaftsschuldner zu einer (diesen befreienden [2367]) Zahlung auf eine Erbschaftsforderung bestimmt, oder hat er eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so haftet er nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (2025 S. 1). Seine Haftung ist dann der Steigerung durch Rechtshängigkeit oder Verzug nicht mehr zugänglich (848). Ist der Erbschaftsbesitzer in Bezug auf sein Erbrecht in gutem Glauben, so haftet er wegen verbotener Eigenmacht in der bezeichneten Weise nur, wenn der Erbe den Besitz thatsächlich bereits ergriffen hatte (2025 S. 2). Nur der bösgläubige Erbschaftsbesitzer haftet in jener Strenge auch dann, wenn er den bloßen rechtlichen Besitz, den der Erbe nach § 857 hat, durch verbotene Eigenmacht gebrochen hat. Wenn der Erbschaftsbesitzer einen Gegenstand auf eine unter § 2025 fallende Weise, Anderes dagegen auf anderen Wegen erlangt hat, so beschränkt sich doch die Haftung des § 2025 auf den ersteren Gegenstand.

7. Der § 2026 gibt in modernem Gewande den Satz wieder, daß die usucapio pro herede dem wahren Erben unschädlich ist. Vgl. § 617 [a].]

B. Gegenansprüche.

§ 613.

Retentionsweise geltend zu machende Ansprüche erwachsen dem Besitzer:

1) aus Verwendungen, welche er auf Erbschaftssachen gemacht hat. Und zwar kann der gutgläubige Besitzer alle Verwendungen in

Anrechnung bringen[1], der bösgläubige nur die nothwendigen und nützlichen, und nur insoweit dieselben noch jetzt vorhanden sind[2]. Verwendungen auf die Fruchtziehung kommen auch hier, wie gegenüber dem Eigenthumsanspruch, schlechthin zum Abzug[3].

2. Zahlungen an Erbschaftsgläubiger[4] kann der gutgläubige Besitzer in Anrechnung bringen gegen Abtretung seines durch die Zahlung erworbenen Rückforderungsrechts; der bösgläubige Besitzer muß, um sie in Anrechnung bringen zu können, dem Erben Sicherheit gegen anderweitige Behelligung durch die Erbschaftsgläubiger leisten[5]. Zahlungen an Nichtgläubiger kann auch der gutgläubige Besitzer nicht in Anrechnung bringen; anders wenn er in gutem Glauben ein nicht zu Recht bestehendes Vermächtniß ausgezahlt hat[6]. Sich selbst wegen

[1] Selbst die impensae voluptuariae; auch sie mindern die Bereicherung durch die Erbschaft. L. 38. 39 D. 5, 3. Vgl. I § 195 [10. 11]. [Leinweber S. 99 fg. (die Impensen) S. 118 fg. (die Compensation zwischen Bereicherung und Ausgaben).] § 613.

[2] L. 38. 39 § 1 D. 5, 3. Vgl. I § 195 [2—4]. Nützliche Verwendungen: welche dem Erben nützlich sind, vgl. I § 195 [7]. Nach der Ladung steht auch in dieser Beziehung der gutgläubige Besitzer dem bösgläubigen gleich, da er kein R. mehr hat, die Sache als eigene zu behandeln.

[3] Es wird nur der Netto-Fruchtertrag herausgegeben. L. 36 § 5 D. 5, 3, vgl. I § 195 [13]. Doch wird auch in diesem Fall noch ein Unterschied zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer gemacht; jener kann auch anrechnen: „quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit“, l. 37 D. 5, 3.

[4] Francke S. 322 fg., Vangerow II § 508 Anm. Nr. IV, Dernburg Compensation S. 345 fg. (1. Aufl. S. 352 fg.), Ruhstrat ACPra. LXVII S. 417 fg. [Perkuhn Klage des testamentarisch eingesetzten Erbschaftsbesitzers und des Erben bezüglich der von Ersterem bezahlten Erbschaftsschulden und Legate nach gemeinem R. und BGB. Erl. Diss. 1900.]

[5] L. 31 pr. D. 5, 3. Der Erbe ist trotz der Zahlung des Besitzers, da dieselbe nicht im Namen des Erben geschehen ist, immer noch Schuldner geblieben; vgl. II § 342 [22], Ruhstrat a. a. O. S. 419 fg. Aber der redliche Besitzer kann sich darauf berufen, daß er sein Geld in die Erbschaft verwendet und statt desselben nur noch ein Rückforderungsr. habe, während der unredliche Besitzer weder gegen den Erben die Einrede der Verwendung hat, noch ein Rückforderungsr. gegen den Gläubiger, da er wissentlich ein indebitum gezahlt hat. Wohl aber kann sich der unredliche Besitzer bei der Vertretung des Erben dem Gläubiger gegenüber einredeweise darauf berufen, daß derselbe im Resultate doch erhalten habe, was ihm verschuldet werde, und diese Einrede kann denn auch der Erbe selbst dem Gläubiger entgegensetzen. L. 31 pr. cit. i. f., l. 61 D. 46, 3.

[6] L. 20 § 18 D. 5, 3, vgl. l. 2 § 7 D. 18, 4; l. 17 D. 5, 3, vgl. l. 2 § 1. l. 3. 4 D. 12, 6. Vgl., auch über die Frage, ob nicht das für vermeintliche Vermächtnisse Anerkannte in gleicher Weise für vermeintliche Erbschaftsschulden zu gelten habe, Francke S. 196 fg., 248 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1 zweite Hälfte, Ruhstrat ACPra. LXVII S. 386 fg.

seiner Forderungen gegen den Erblasser zu bezahlen, ist der gutgläubige Besitzer unbedingt berechtigt, der bösgläubige nur wenn die Zahlung im Interesse der Erbschaft lag, unter dieser Voraussetzung aber auch verpflichtet[7].

[BGB. 1. Der Erbschaftsbesitzer, in dessen Person weder böser Glaube noch ein sonstiger besonderer Umstand eine strengere Haftung begründet, muß alle Verwendungen in Anrechnung bringen können, die er auf einzelne Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft als Ganzes gemacht hat; insbesondere gilt dieß auch von Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft und zur Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten. Denn wie es sich auch mit dem Erfolg der Verwendungen für die Erbschaft verhalten möge; in jedem Falle mindern sie die Bereicherung des Erbschaftsbesitzers. Hat der Letztere Bereicherungsbeträge zu zahlen, so werden die Verwendungen von diesen einfach abgesetzt. Soweit aber hierdurch der Besitzer nicht gedeckt wird, weil die Verwendungen die Bereicherungsbeträge übersteigen, kann er auch gegenüber seiner Verpflichtung zur Herausgabe von Erbschaftssachen sämmtliche Verwendungen in der Weise geltend machen, wie dieß beim Eigenthumsanspruch geschehen kann, also durch Einrede und eventuell auch durch Klage oder im Wege der Befriedigung nach Pfandgrundsätzen (2022 Abs. 1. 2. 1000—1003). Hierbei ist völlig gleichgültig, ob die Verwendungen auf die herauszugebenden Sachen oder auf andere Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft im Ganzen gemacht sind.

2. In Betreff von Verwendungen auf einzelne Sachen ist der bisher geschilderte Schutz für ausreichend erachtet; soweit es sich dagegen um sonstige Verwendungen handelt, also um solche auf unkörperliche Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft als Ganzes, insbesondere um die Abtragung von Erbschaftsverbindlichkeiten, behält § 2022 Abs. 3 dem Erbschaftsbesitzer seine nach allgemeinen Vorschriften begründeten weiteren Ansprüche vor. Während nämlich bei den Verwendungen auf einzelne Sachen angenommen werden kann, daß die Zurückhaltung der Sachen selbst den Besitzer ausreichend deckt, kann derselbe bei anderen Verwendungen leichter ungedeckt sein, wenn nämlich nicht genug körperliche Sachen vorhanden sind, die zurückgehalten werden könnten; denn die Rechte, welche zur Erbschaft gehören, stehen dem Erben von selbst zu, sie sind nicht Gegenstand der Herausgabe, also auch nicht Gegenstand der Zurückhaltung. Die vorbehaltenen weitergehenden Ansprüche bestehen aber nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung; denn einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag hat der Erbschaftsbesitzer gemäß § 687 Abs. 1 nicht.

3. In Bezug auf Zahlungen, die der Erbschaftsbesitzer an Erbschaftsgläubiger leistet (vgl. zu [4] fg.) ist noch zu betrachten, wie sich die Geltendmachung derselben als Verwendungen auf die Erbschaft zu den Rechten des Zahlenden gegen den Empfänger, den Erbschaftsgläubiger, verhält. Wenn der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft an den Gläubiger eine Leistung bewirkt hat, so ist zunächst möglich, daß der Gläubiger gar nicht Eigenthümer des Geleisteten geworden ist; dann ist natürlich auch der Erbe nicht befreit, kann aber die Leistung

[7] L. 31 § 1. 2 D. 5, 3.

genehmigen (185) und hierdurch Befreiung erwerben. Ist der Gläubiger Eigenthümer geworden — gemäß § 2366 fg. oder nach sonstigen Sätzen über den Rechtserwerb von Nichtberechtigten —, so muß man annehmen, daß der Erbe befreit ist. Er könnte die Herausgabe des Geleisteten nicht nach § 816 fordern, da die Leistung entgeltlich erfolgt ist. Wollte man aber versuchen, eine condictio indebiti des Erbschaftsbesitzers zu construiren, so müßte man doch annehmen, daß dieselbe nach § 2019 dem Erben zustände, der dann mit ihr gegen die Anforderung des Gläubigers an den Erben aufrechnen könnte. Angesichts dessen ist es richtiger, anzunehmen, daß der Erbe befreit wird, und eine condictio indebiti überhaupt nicht entsteht. Dieß läßt sich auch sehr wohl rechtfertigen, indem man annimmt, daß der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft für Rechnung der Erbschaft leistet und somit den Erben befreit (267). Wenn nun aber der Erbschaftsbesitzer mit eigenen Mitteln eine Erbschaftsschuld berichtigt, also aus Eigenem etwas leistet, was nicht er schuldet, so entsteht die Frage ob er nicht, statt seine Aufwendung dem Erben gegenüber zu liquidiren, vielmehr das Geleistete vom Empfänger zurückfordern kann, was möglicher Weise für ihn vortheilhafter ist. M. E. kann man ihm dieses Recht nicht bestreiten und muß annehmen, daß durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers aus eigenen Mitteln ein Schwebezustand entsteht. Erhält der Erbschaftsbesitzer Ausgleichung vom Erben durch Anrechnung auf die Bereicherung des Erbschaftsbesitzers aus der Erbschaft oder durch baare Leistung, so muß der Erbe vom Gläubiger frei werden, und der Erbschaftsbesitzer kann auch von diesem nicht das Geleistete zurückfordern; bis zu solcher Ausgleichung kann aber der Erbschaftsbesitzer das dem Gläubiger Geleistete condiciren, und dann natürlich keine Ausgleichung vom Erben mehr fordern.

4. Leistet der Erbschaftsbesitzer Zahlungen an Nichtgläubiger mit Mitteln der Erbschaft, so ist, wenn die Empfänger überhaupt Eigenthümer werden, die condictio indebiti gemäß § 2019 dem Erben erworben. Geschieht die Zahlung mit Mitteln des Erbschaftsbesitzers, so tauscht dieser für die Zahlung die condictio indebiti gegen den Empfänger ein; als Verwendung auf die Erbschaft kann er die Zahlung nicht liquidiren; höchstens kann er, soweit er Bereicherungssummen zu zahlen hat, von diesen einen entsprechenden Absatz wegen Insolvenz des Condictionsschuldners machen.

5. Wenn Rechtshängigkeit eingetreten ist, so gelten, insoweit der Erbschaftsbesitzer körperliche Sachen herauszugeben hat, auch in Ansehung der Verwendungen die gleichen Sätze, wie bei der Eigenthumsklage (2023 Abs. 2) d. h. das Zurückbehaltungsrecht und die Anwendung der §§ 1000—1003 beschränkt sich auf den Fall der nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten nothwendigen Verwendungen auf die herauszugebenden Sachen selbst, und zwar in den Grenzen, in denen ihr Ersatz nach den Sätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden kann (994). Insoweit der Erbschaftsbesitzer Bereicherungssummen schuldet, haftet er nach Eintritt der Rechtshängigkeit nach den allgemeinen Vorschriften (818 Abs. 4). Demgemäß kommen Verwendungen, welche der Erbschaftsbesitzer nach der Rechtshängigkeit gemacht hat, auch von den Bereicherungssummen nicht mehr schlechthin in Absatz, sondern nur insoweit, als sie den Erben bereichern; denn andere Grundsätze, nach denen der Erbe haften könnte, sind nicht zu finden. Insoweit aber bleibt dem Erbschaftsbesitzer auch bei Verwendungen

nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Anspruch gemäß § 2022 Abs. 3. Ist der Erbschaftsbesitzer bei Beginn des Erbschaftsbesitzes nicht im guten Glauben oder erfährt er später, daß er nicht Erbe ist, so haftet er von Beginn des Besitzes resp. von erlangter Kenntniß an so, wie nach Eintritt der Rechtshängigkeit (2024); daß auch in Ansehung der Verwendungen dieselben Sätze gelten, wie für die nach Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen, spricht § 2024 nicht aus, ist aber anzunehmen. Unterliegt der Erbschaftsbesitzer der strengeren Haftung des § 2025, so hat das in Ansehung der Verwendungen nur den Einfluß, das etwa sonst begründete Zurückbehaltungsrecht abzuschneiden (1000 S. 2. 2022 Abs. 1 S. 2); im Uebrigen aber bleibt maßgebend, ob der Erbschaftsbesitzer in Ansehung jenes Erbrechts in gutem oder bösem Glauben ist.]

C. Voraussetzungen.

§ 614.

Damit die in den beiden vorhergehenden §§ bezeichneten Grundsätze Platz greifen, ist

1) in der Person desjenigen, gegen welchen der Anspruch erhoben wird, zwar nicht erforderlich, daß derselbe die ganze Erbschaft besitze, wohl aber daß er Erbschaft besitze, Viel oder Wenig aus derselben[1], aber als Erbschaft[2]. In dieser Weise besitzt: a) wer sich selbst Erbrecht zuschreibt[3]; b) wer sich für seinen Besitz auf gar keinen rechtfertigenden Grund beruft[4]. Wer sich dagegen für seinen Besitz

---

§ 614. [1] L. 4. 9. 10 pr. § 1 D. 5, 3, l. 16 D. 29, 4. L. 9. 10 pr. citt. „Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius . . possidet vel rem hereditariam, licet minimam". Als iuris possessor wird auch der Erbschaftsschuldner gedacht, l. 13 § 15 D. 5, 3. S. noch l. 16 § 4 D. 5, 3. [Leonhard S. 6 fg., Leinweber S. 4 fg., der aber S. 5 [1] das „auch" des letzten Satzes Windscheids irrig interpretirt. RG. XXVIII S. 172 unten.]

[2] Gegen die Meinung von Fabricius (§ 611 Note *), daß die hereditatis petitio nur gegen denjenigen gehe, welcher sich eines vom Erben noch nicht besessenen Nachlasses ganz oder theilweise bemächtigt habe, s. Arndts Beiträge S. 1 fg., Vangerow § 505 Anm. [Roßteutscher die Passivlegitimation bei rei vindicatio, Publiciana und hereditatis petitio. Erl. Diss. 1899.]

[3] Er besitzt „pro herede". L. 9. l. 11 pr. l. 20 § 13 D. 5, 3. Daß er bloß das Erbr. des Klägers bestreite, genügt nicht. L. 42 D. 5, 3. Vgl. Zimmermann S. 219 fg., Unger § 50 [10]. Sf. XXXV. 141. Der Testamentsexecutor gegenüber dem das Testament angreifenden Intestaterben: Sf. XXIII. 235.

[4] Er besitzt „pro possessore". L. 9 D. 5, 3 ([1]): — „eum demum teneri petitione hereditatis, qui . . pro herede vel pro possessore possidet . .". L. 11 § 1—l. 13 pr. D. 5, 3. „Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam posses-

auf irgend einen anderen rechtfertigenden Grund beruft als Erbrecht, gegen den ist der Erbschaftsanspruch mit seinen eigenthümlichen Regeln nicht begründet[5]. Doch steht dem Besitzer, welcher sich auf Erbrecht

sionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur". L. 13 § 1 D. eod., l. 16 § 4 eod., l. 14 § 2 D. 4, 2, l. 6 § 6. l. 22 § 1 D. 25, 2, l. 13 § 1. l. 14 pr. D. 11, 3. Sf. XI. 59, XXXV. 140, XLI. 26. Fitting ACPra. LII S. 242 [150], indem er das „vel" in l. 12 cit. mit „oder" übersetzt, nimmt pro possessore possessio auch in dem Falle an, wo der Besitzer sich zwar auf Erbr. beruft, aber weiß, daß ihm kein Erbr. zusteht. Gegen Fitting's Ansicht spricht die Autorität der Basiliken (XLII, 1, 12); für dieselbe, aber nicht in entscheidender Weise, Gai. IV, 144, § 3 I. 4, 15, l. 1 § 9 D. 29, 4 (welche Stelle nur von einem praedo, also einem unredlichen Besitzer, spricht, aber nicht von einem possessor pro possessore). Gegen Fitting hat sich erklärt Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 I S. 255 fg., Brinz 2. Aufl. III § 400 [56] [vgl. Leonhard S. 20 fg. S. 46 fg.: der unredliche Inhaber eines Vortheils zum Schaden des Erben und ohne Erbschaftsbesitz (S. 54).]; gleicher Ansicht wie Fitting ist Köppen Lehrb. S. 295. 296. [Leinweber S. 1 fg.] — Darüber, wie das zu denken sei, daß das r. R. den Besitz pro possessore dem Besitz pro herede gleichstellt, s. Arndts Beiträge S. 31. 32. RLex. S. 210. 211, Francke S. 143. 144, Vangerow II S. 345. Während diese Schriftsteller vorzugsweise praktische Erwägungen geltend machen, möchte ich das Hauptgewicht auf die improba usucapio pro herede legen, kraft deren der Besitz pro possessore sich als einen Angriff unmittelbar gegen das Erbr. herausstellte. Nachdem der Satz einmal anerkannt war, sind freilich denn auch Consequenzen aus demselben gezogen worden, welche mit der usucapio pro herede nicht zusammenhangen.

[5] L. 4 C. 7, 34. „Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emtore vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio noceat". Bewußtsein davon, daß man durch den Titel, auf welchen man sich beruft, nicht Eigenthümer sei, begründet den Erbschaftsanspruch nicht, l. 13 § 8 D. 5, 3, wohl Bewußtsein davon, daß der Titel nicht rbeständig ist, l. 13 § 1 D. 5, 3. [Leinweber S. 11 fg.] Die Gründe, aus welchen Zimmermann S. 227 fg. in diesem letzteren Falle die Erbschaftsklage dennoch dann ausschließen will, wenn das Geschäft mit dem Erblasser selbst abgeschlossen worden ist, sind nicht überzeugend. Sf. XXXV. 140. 141. RG. X S. 161, XIX S. 242. S. auch RG. XVIII S. 179. [XXVIII S. 173: Es genügt, daß der Besitzer die Rsungültigkeit des angeblichen Titels kannte oder kennen mußte.] — Wie ist es aber, wenn der Besitzer nicht auf Grund des Titels, auf welchen er sich beruft, den Besitz erlangt, sondern sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlaßsachen gesetzt hat? Es wird behauptet, daß auch in diesem Falle die hereditatis petitio begründet sei, und es wird daraus die Consequenz gezogen, entweder daß der Erbe einem solchen Besitzer gegenüber den Beweis seines Eigenthums nicht zu führen brauche (vgl. § 615 [14]), oder daß er sich von Seiten eines solchen Besitzers den Gegenbeweis des Eigenthums nicht gefallen zu lassen brauche. So Fabricius S. 171 fg., Arndts Beiträge S. 38 fg. RLex. S. 211 [30]. Lehrb. § 531 [6], Vangerow § 505 Anm. Nr. 2, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 50. Dagegen Savigny ZS. f.

beruft, derjenige gleich, welchem die Erbschaft als Vermächtniß herausgegeben worden ist[6], und derjenige, welcher die Erbschaft durch Geschäft unter Lebenden erworben hat, wenigstens insoweit, als das Recht der gegen ihn zu erhebenden Einzelansprüche ihm nicht vortheilhafter sein würde[7]. Stirbt ein Besitzer, gegen welchen der Erbschaftsanspruch begründet ist, so geht dieser Anspruch mit dem Besitz auf seinen Erben über, ohne daß dessen eigene Meinung über den Grund des Besitzes in Betracht käme[8]. — Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs ist gegenwärtiger Besitz; es müßte denn der Besitz arglistigerweise aufgegeben worden sein[9]. In Einem Falle haftet dem Erbschaftsanspruch wer nie besessen hat, derjenige nämlich, welcher wissend, daß er nicht besitzt, sich arglistigerweise auf den Proceß einläßt[10]. In beiden Fällen geht aber der Anspruch auf den Erben des Verpflichteten nur nach den Regeln der Delictsansprüche über [11]. — Leugnet der Besitzer gegen besseres Wissen den Besitz ab und wird er dessen überführt, so

---

gesch. RW. VI S. 251 fg., Brinz 1. Aufl. S. 688 fg. 2. Aufl. III S. 226, Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 II S. 417 fg. Auch ich halte jene Behauptung nicht für hinlänglich gerechtfertigt; s. l. 13 pr. D. 5, 3: — „nec ullam causam possessionis possit dicere", s. auch l. 25 § 5 D. 5, 3. L. 3 C. 8, 2 (l. un. C. Th. 4, 21) spricht nur vom interdictum quorum bonorum, und die Uebertragung ihrer Bestimmung auf die hereditatis petitio ist äußerst bedenklich. S. namentlich Brinz 1. Aufl. S. 689 fg. Nach der hier vertretenen Ansicht ist erkannt worden von dem OAG. zu Oldenburg bei Sf. XVIII. 94; nach der entgegengesetzten von dem OAG. zu Dresden das. XVIII. 95. Vgl. auch das. XXVII. 149.

[6] L. 20 § 13 D. 5, 3, l. 1 C. 3, 28, vgl. l. 13 § 2. 6 D. 5, 3. Francke S. 146. [Leonhard S. 25 fg.]

[7] L. 13 § 4. 5. 8—10 D. 5, 3. Die herrschende Meinung nimmt an, daß gegen den Erbschaftskäufer 2c. die hereditatis petitio mit allen ihren Eigenthümlichkeiten begründet sei. [Sf. XLVIII. 41 (RG.) Leinweber S. 10, jedoch mit Modificationen (S. 27 fg.). Leonhard S. 25 fg.] Dagegen Francke S. 165 fg. mit guten Gründen; so namentlich l. 2 C. 3, 31. Vgl. auch Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. (Leipzig 1877) S. 86 fg. — Sf. XXI. 244.

[8] L. 13 § 3 D. 5, 3; l. 13 § 11 D. 5, 3 ist von dem Erben eines Erbschaftskäufers zu verstehen. Francke S. 163 fg. Vangerow § 505 Anm. Nr. 3. Anders Fitting ACPra. LII S. 244. [Anders wieder Leinweber S. 10 fg. 18 fg. 26, vgl. § 615 [14], noch anders Leonhard S. 29 fg., welcher annimmt, derjenige, als dessen Erbe Beklagter besitzen wolle, müsse durchaus nicht der sein, dessen Erbe Kläger zu sein behauptet; dem kann ich nicht beitreten.]

[9] S. § 612 [11].

[10] L. 13 § 13. l. 45 D. 5, 3. Vgl. I § 196 [8].

[11] Vgl. I § 193 [8] a. E. § 196 [8].

muß er das Besessene dem Kläger herausgeben und nun selbst als Kläger auftreten[12].

[1. Nach BGB. ist der Erbschaftsanspruch begründet gegen den Erbschaftsbesitzer, d. h. denjenigen, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (2018), wäre es auch nur eine einzige Sache. Sein Besitz muß im Causalzusammenhange mit nicht bestehendem Erbrecht stehen, darum muß es natürlich Eigenbesitz sein (Leonhard S. 19). Der Besitzer kann sich für den Erben halten, aber auch wissentlich fälschlich so handeln, als wenn er es wäre, vgl. (2024 z. Anf.) S. Leonhard S. 20 fg.: der bethätigte Wille die Vortheile eines Erbr. zu genießen [S. 24]). Es ist möglich, daß der Erbschaftsbesitzer einseitig den Besitz ergriff, und zwar kann er Erbschaftsbesitzer nicht nur dann sein, wenn er dem Erben, auf den der Besitz des Erblassers rechtlich von selbst übergeht (857), in der realen Besitzergreifung zuvorkommt, sondern auch, wenn er nach realer Besitzergreifung durch den Erben diesem auf Grund seines angeblichen Erbrechts die Sache weggenommen hat (vgl. 2025). Andererseits ist möglich, daß dem Erbschaftsbesitzer etwas aus der Erbschaft mit Rücksicht auf sein angebliches Erbrecht ausgeliefert ist, von einem Testamentsvollstrecker, von einem Dritten, von dem wahren Erben, der sein Erbrecht nicht kannte.

2. Wer dagegen besitzt, ohne daß sein Besitz mit vorgeblichem Erbrecht im Causalzusammenhange steht, ist nicht Erbschaftsbesitzer und kann mit dem Erbschaftsanspruche nicht belangt werden. Allerdings bemerken die Mot. V S. 579 in Ansehung des gemeinrechtlich haftenden pro possessore possessor, das Verhalten desjenigen, welcher Erbschaftsgegenstände hinter sich habe, ohne über den Grund seines Verhaltens Aufschluß zu geben, erfahre die mildeste Auslegung, wenn es als Anmaßung des Erbrechts ausgelegt werde. Diese Auslegung liege so nahe, daß Vorschriften darüber entbehrlich erscheinen. Die Motive nehmen also an, daß trotzdem das Gesetz den pro possessore possessor nicht nenne, derselbe gleichwohl als pro herede possessor hafte. Die Richtigkeit dieser Argumentation ist in der II. Commission mit Recht bezweifelt (Prot. S. 7821); diese Commission ihrerseits hat die Haftung des pro possessore possessor abgelehnt, weil ein praktisches Bedürfniß dafür nicht vorliege. (Prot. S. 7823 fg.). Die hereditatis petitio ist im gemeinen Recht dem Erben namentlich dadurch günstig, daß sie ihn entlastet von dem Beweise des Rechts des Erblassers an den bei seinem Tode in seiner Hand befindlichen Sachen, und durch das Recht des Erben auf den Offenbarungseid (vgl. § 615 a. E.) Das BGB. konnte eine engere Eingrenzung des Gebietes des Erbschaftsanspruchs ertragen, weil es den Besitz auf den Erben übergehen läßt, dem Erben also die Besitzklagen zustehen, wenn Jemand etwas, gleichviel aus welchem Grunde einseitig aus der Erbschaft wegnimmt, weil ferner der Erbe die Klage des § 1007 zur Verfügung hat und ihm in Betreff des Rechts des Erblassers die Präsumtionen der §§ 1006. 891 zu Hülfe kommen; das Recht auf Auskunft und Offenbarungseid aber giebt auch das BGB dem Erben nicht bloß gegen den Erbschaftsbesitzer, sondern in viel weiterem Umfange

---

[12] L. 80 D. 6, 1.

(vgl. Leonhard S. 117 fg.). Daß freilich mit dem Allen noch nicht dasselbe Resultat entsteht, wie im gemeinen Recht, ist richtig. Vgl. Leonhard S. 111 fg.

3. Die Verpflichtung, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen und gemäß § 260 fg. den Offenbarungseid zu leisten, hat der Erbschaftsbesitzer (2027 Abs. 1); ferner aber derjenige, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz thatsächlich ergriffen hatte (2027 Abs. 2). Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, ist verpflichtet, Auskunft darüber zu ertheilen, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat, und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist (2028 Abs. 1). Auch diese Auskunft muß nach näherer Maßgabe von § 2028 Abs. 2. 3 mit Offenbarungseid bestärkt werden. Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein ertheilt worden ist, hat dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen (2362 Abs. 2), hat also auch die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides gemäß §§ 260. 261. Die Erfüllung der Auskunftspflicht kann je nach der Sachlage, insbesondere je nach dem Inhalt der Auskunft zur Feststellung des Umfangs der Haftung des Erbschaftsbesitzers helfen, aber auch dazu, daß einer der sonst Auskunftspflichtigen als Erbschaftsbesitzer erkannt wird, oder sie kann Material zur Begründung einer anderen Klage liefern, z. B. der Geschäftsführungsklage, möglicherweise freilich auch ein rein negatives Ergebniß herbeiführen.

4. Dem Erbschaftsbesitzer stellt das Gesetz unbeschränkt, also sowohl in Bezug auf den Erbschaftsanspruch, wie in Bezug auf die Auskunftspflicht, denjenigen gleich, der vom Erbschaftsbesitzer die Erbschaft erwirbt — als Ganzes, nicht bloß etwas Einzelnes daraus (2030), (vgl. Leonhard S. 27 fg.). Daß der Erbe des Erbschaftsbesitzers dem Erbschaftsanspruch haftet, ist selbstverständlich. Zu seinen Lasten ist die Erfüllung des Erbschaftsanspruchs eine auf dem Nachlaß seines Erblassers ruhende Nachlaßverbindlichkeit (1967 Abs. 2) gepaart mit Aussonderungsrecht (vgl. 1971 a. E.). Aber auch die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers und der sonst Auskunftspflichtigen muß auf deren Erben übergehen, nur brauchen diese natürlich nicht mehr zu sagen, als sie wissen.]

2. In der Person desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, ist Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs Erbrecht[13]; dem Erben steht aber gleich der Erbschaftsvermächtnißnehmer[14], ferner der Fiscus, an

---

[13] Vgl. tit. D. de possessoria hereditatis petitione 5. 5. L. 2 D. tit. cit. „Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest". Gegen Fabricius S. 177 fg. 209 fg., welcher die Erstreckung der hereditatis petitio auf die bonorum possessio für eine Erfindung der Compilatoren hält, s. Arndts Beiträge S. 50 fg., und vgl. überhaupt Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 II S. 288 fg.

[14] Tit. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6. Auch der gesetzliche Vermächtnißnehmer, § 574, 1. 2.

welchen die Erbschaft gefallen ist[15], und wer vom Fiscus die Erbschaft erworben hat [16]. Erbrecht auf's Ganze ist nicht erforderlich; auch der Theilerbe hat den Erbschaftsanspruch[17]. Er muß aber bei der Klage den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, angeben, ausgenommen wenn er ohne seine Schuld im Ungewissen darüber ist[18]. Hängt die Größe des Erbtheils von der Zahl der Kinder ab, welche eine schwangere Frau gebären wird, so werden für das von ihr zu Gebärende einstweilen drei Theile zurückbehalten[19].

[Nach BGB. steht der Erbschaftsanspruch wie der Anspruch auf Auskunft und Offenbarungseid dem Erben zu, also auch dem an Stelle des Erbschaftsvermächtnißnehmers getretenen Nacherben ([14]); dem Fiscus stehen die gleichen Ansprüche deßhalb zu, weil er Erbe ist (1936). Der Theilerbe kann den Erbschaftsanspruch nur nach § 2039 geltend machen, Auskunft und Offenbarungseid kann er für sich allein verlangen. Beide Ansprüche setzen die bestimmte Angabe der Erbquote nicht voraus. Entgegen dem Satz zu [19] s. BGB. 1963 a. E. — Derjenige, welcher durch Vertrag die Erbschaft erworben hat, (vgl. zu [16]) hat den Erbschaftsanspruch und die Ansprüche auf Auskunft und Offenbarungseid an sich nicht, sondern nur auf Grund einer Abtretung durch den Veräußerer, zu welcher dieser verpflichtet ist (2374), und die möglicher Weise in dem Erbschaftsverkauf oder sonstigen auf Veräußerung der Erbschaft gerichteten Vertrage liegt. Derjenige, dem ein Miterbe seinen Antheil gemäß § 2033 Abs. 1 abgetreten hat, tritt auch in Bezug auf die fraglichen Ansprüche unmittelbar an Stelle des Miterben.

Ueber die dem Erbschaftsanspruch und seinen Hülfsansprüchen analogen Ansprüche des mit Unrecht für todt Erklärten oder sonst Todtgeglaubten s. BGB. 2031.]

---

[15] L. 20 § 6. 7 D. 5, 3.

[16] L. 54 pr. D. 5, 3. Er wird auch in Beziehung auf die Schuldverhältnisse als Erbe behandelt, l. 1 C. 4, 39, l. 41 D. 49, 14. Deßwegen darf auch nicht dem Käufer ꝛc. vom Fiscus der Käufer ꝛc. vom Erben gleichgestellt werden. Aber kann der Käufer ꝛc. vom Erben nicht wenigstens die hereditatis petitio des Erben als Cessionar geltend machen? Der Käufer ꝛc. einer körperlichen Sache hat nicht sofort die rei vindicatio des Verkäufers ꝛc. erworben. Aber der Verkäufer hat ihm eben auch Eigenthum übertragen wollen, nicht seinen Eigenthumsanspruch. Dagegen ist der Verkauf ꝛc. einer Erbschaft nicht (jedenfalls nicht nach dem Willen des R.) auf die Uebertragung der Erbschaft gerichtet, sondern auf Uebertragung alles dessen, was der Verkäufer ꝛc. als Erbe hat: und gehört dazu nicht auch der Erbschaftsanspruch? Vgl. Francke S. 397. (Anders frühere Auflagen [bis zur 5.]). S. jetzt auch Brinz 2. Aufl. II § 400 [14].

[17] S. g. hereditatis petitio partiaria. Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4. In diesem Fall kann der Gegner als Miterbe anerkannt sein, oder nicht, und der als Miterbe Anerkannte kann alleiniger Gegner sein, oder mit ihm ein Anderer. Vgl. überhaupt Glück VIII S. 2 fg., Arndts RLex. S. 213 fg., Sintenis III § 192 C. Sf. XXVI. 253, XXVII. 150.

[18] L. 1 § 5 D. tit. cit. — „ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi".

[19] S. § 608 [1a]. Arndts RLex. S. 220—221.

c. Für den obligatorischen Theil des Erbschaftsanspruchs sollen nach Ansicht der II. Commission (Prot. S. 7846) die Bereicherungsgrundsätze maßgebend bleiben; das müssen aber die sein, welche nach der Rechtshängigkeit Platz greifen. Die Bereicherungsbeträge, welche zu zahlen sind, werden also mit der Rechtshängigkeit verzinslich (818 Abs. 4. 291); Wegfall der Bereicherung hebt die Haftung nicht mehr auf (818 Abs. 4, vgl. Abs. 3).

6. Ist der Erbschaftsbesitzer bei Beginn des Erbschaftsbesitzes nicht in gutem Glauben, d. h. weiß er oder weiß er in Folge grober Fahrlässigkeit nicht (932 Abs. 2), daß er nicht Erbe ist, so haftet er ebenso wie sonst nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Dasselbe gilt, wenn er später erfährt, daß er nicht Erbe ist, von Erlangung der Kenntniß an; daß er in Folge grober Fahrlässigkeit die Kenntniß nicht erlangt, begründet die verschärfte Haftung nicht (2024 S. 1. 2, vgl. 990 Abs. 1. 819). Eine weitergehende Haftung wegen Verzuges bleibt unberührt (2024 S. 3; vgl. 990 Abs. 2). Der durch Mahnung oder Klageerhebung (284) in Verzug gesetzte bösgläubige Besitzer haftet also auch für Zufall nach Maßgabe von § 286 fg., während auf den gutgläubigen Besitzer, auch wenn er in leichter Fahrlässigkeit ist, die Verzugsgrundsätze nicht angewandt werden (vgl. I S. 549 fg.).

Hat der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung erlangt, z. B. durch Betrug auf Grund eines unrichtigen Erbscheines, dessen Unrichtigkeit er kennt, einen Erbschaftsschuldner zu einer (diesen befreienden [2367]) Zahlung auf eine Erbschaftsforderung bestimmt, oder hat er eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so haftet er nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (2025 S. 1). Seine Haftung ist dann der Steigerung durch Rechtshängigkeit oder Verzug nicht mehr zugänglich (848). Ist der Erbschaftsbesitzer in Bezug auf sein Erbrecht in gutem Glauben, so haftet er wegen verbotener Eigenmacht in der bezeichneten Weise nur, wenn der Erbe den Besitz thatsächlich bereits ergriffen hatte (2025 S. 2). Nur der bösgläubige Erbschaftsbesitzer haftet in jener Strenge auch dann, wenn er den bloßen rechtlichen Besitz, den der Erbe nach § 857 hat, durch verbotene Eigenmacht gebrochen hat. Wenn der Erbschaftsbesitzer einen Gegenstand auf eine unter § 2025 fallende Weise, Anderes dagegen auf anderen Wegen erlangt hat, so beschränkt sich doch die Haftung des § 2025 auf den ersteren Gegenstand.

7. Der § 2026 gibt in modernem Gewande den Satz wieder, daß die usucapio pro herede dem wahren Erben unschädlich ist. Vgl. § 617 [3].]

B. Gegenansprüche.

§ 613.

Retentionsweise geltend zu machende Ansprüche erwachsen dem Besitzer:

1) aus Verwendungen, welche er auf Erbschaftssachen gemacht hat. Und zwar kann der gutgläubige Besitzer alle Verwendungen in

Anrechnung bringen[1], der bösgläubige nur die nothwendigen und nützlichen, und nur insoweit dieselben noch jetzt vorhanden sind[2]. Verwendungen auf die Fruchtziehung kommen auch hier, wie gegenüber dem Eigenthumsanspruch, schlechthin zum Abzug[3].

2. Zahlungen an Erbschaftsgläubiger[4] kann der gutgläubige Besitzer in Anrechnung bringen gegen Abtretung seines durch die Zahlung erworbenen Rückforderungsrechts; der bösgläubige Besitzer muß, um sie in Anrechnung bringen zu können, dem Erben Sicherheit gegen anderweitige Behelligung durch die Erbschaftsgläubiger leisten[5]. Zahlungen an Nichtgläubiger kann auch der gutgläubige Besitzer nicht in Anrechnung bringen; anders wenn er in gutem Glauben ein nicht zu Recht bestehendes Vermächtniß ausgezahlt hat[6]. Sich selbst wegen

---

[1] Selbst die impensae voluptuariae; auch sie mindern die Bereicherung durch die Erbschaft. L. 38. 39 D. 5, 3. Vgl. I § 195 [10. 11]. [Leinweber S. 99 fg. (die Impensen) S. 118 fg. (die Compensation zwischen Bereicherung und Ausgaben).] § 613.

[2] L. 38. 39 § 1 D. 5, 3. Vgl. I § 195 [2—4]. Nützliche Verwendungen: welche dem Erben nützlich sind, vgl. I § 195 [7]. Nach der Ladung steht auch in dieser Beziehung der gutgläubige Besitzer dem bösgläubigen gleich, da er kein R. mehr hat, die Sache als eigene zu behandeln.

[3] Es wird nur der Netto-Fruchtertrag herausgegeben. L. 36 § 5 D. 5, 3, vgl. I § 195 [13]. Doch wird auch in diesem Fall noch ein Unterschied zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer gemacht; jener kann auch anrechnen: „quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit“, l. 37 D. 5, 3.

[4] Francke S. 322 fg., Vangerow II § 508 Anm. Nr. IV, Dernburg Compensation S. 345 fg. (1. Aufl. S. 352 fg.), Ruhstrat AcPra. LXVII S. 417 fg. [Perkuhn Klage des testamentarisch eingesetzten Erbschaftsbesitzers und des Erben bezüglich der von Ersterem bezahlten Erbschaftsschulden und Legate nach gemeinem R. und BGB. Erl. Diss. 1900.]

[5] L. 31 pr. D. 5, 3. Der Erbe ist trotz der Zahlung des Besitzers, da dieselbe nicht im Namen des Erben geschehen ist, immer noch Schuldner geblieben; vgl. II § 342 [22], Ruhstrat a. a. O. S. 419 fg. Aber der redliche Besitzer kann sich darauf berufen, daß er sein Geld in die Erbschaft verwendet und statt desselben nur noch ein Rückforderungsr. habe, während der unredliche Besitzer weder gegen den Erben die Einrede der Verwendung hat, noch ein Rückforderungsr. gegen den Gläubiger, da er wissentlich ein indebitum gezahlt hat. Wohl aber kann sich der unredliche Besitzer bei der Vertretung des Erben dem Gläubiger gegenüber einredeweise darauf berufen, daß derselbe im Resultate doch erhalten habe, was ihm verschuldet werde, und diese Einrede kann denn auch der Erbe selbst dem Gläubiger entgegensetzen. L. 31 pr. cit. i. f., l. 61 D. 46, 3.

[6] L. 20 § 18 D. 5, 3, vgl. l. 2 § 7 D. 18, 4; l. 17 D. 5, 3, vgl. l. 2 § 1. l. 3. 4 D. 12, 6. Vgl., auch über die Frage, ob nicht das für vermeintliche Vermächtnisse Anerkannte in gleicher Weise für vermeintliche Erbschaftsschulden zu gelten habe, Francke S. 196 fg., 248 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1 zweite Hälfte, Ruhstrat AcPra. LXVII S. 386 fg.

seiner Forderungen gegen den Erblasser zu bezahlen, ist der gutgläubige Besitzer unbedingt berechtigt, der bösgläubige nur wenn die Zahlung im Interesse der Erbschaft lag, unter dieser Voraussetzung aber auch verpflichtet[7].

[BGB. 1. Der Erbschaftsbesitzer, in dessen Person weder böser Glaube noch ein sonstiger besonderer Umstand eine strengere Haftung begründet, muß alle Verwendungen in Anrechnung bringen können, die er auf einzelne Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft als Ganzes gemacht hat; insbesondere gilt dieß auch von Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft und zur Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten. Denn wie es sich auch mit dem Erfolg der Verwendungen für die Erbschaft verhalten möge; in jedem Falle mindern sie die Bereicherung des Erbschaftsbesitzers. Hat der Letztere Bereicherungsbeträge zu zahlen, so werden die Verwendungen von diesen einfach abgesetzt. Soweit aber hierdurch der Besitzer nicht gedeckt wird, weil die Verwendungen die Bereicherungsbeträge übersteigen, kann er auch gegenüber seiner Verpflichtung zur Herausgabe von Erbschaftssachen sämmtliche Verwendungen in der Weise geltend machen, wie dieß beim Eigenthumsanspruch geschehen kann, also durch Einrede und eventuell auch durch Klage oder im Wege der Befriedigung nach Pfandgrundsätzen (2022 Abs. 1. 2. 1000—1003). Hierbei ist völlig gleichgültig, ob die Verwendungen auf die herauszugebenden Sachen oder auf andere Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft im Ganzen gemacht sind.

2. In Betreff von Verwendungen auf einzelne Sachen ist der bisher geschilderte Schutz für ausreichend erachtet; soweit es sich dagegen um sonstige Verwendungen handelt, also um solche auf unkörperliche Erbschaftsgegenstände oder auf die Erbschaft als Ganzes, insbesondere um die Abtragung von Erbschaftsverbindlichkeiten, behält § 2022 Abs. 3 dem Erbschaftsbesitzer seine nach allgemeinen Vorschriften begründeten weiteren Ansprüche vor. Während nämlich bei den Verwendungen auf einzelne Sachen angenommen werden kann, daß die Zurückhaltung der Sachen selbst den Besitzer ausreichend deckt, kann derselbe bei anderen Verwendungen leichter ungedeckt sein, wenn nämlich nicht genug körperliche Sachen vorhanden sind, die zurückgehalten werden könnten; denn die Rechte, welche zur Erbschaft gehören, stehen dem Erben von selbst zu, sie sind nicht Gegenstand der Herausgabe, also auch nicht Gegenstand der Zurückhaltung. Die vorbehaltenen weitergehenden Ansprüche bestehen aber nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung; denn einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag hat der Erbschaftsbesitzer gemäß § 687 Abs. 1 nicht.

3. In Bezug auf Zahlungen, die der Erbschaftsbesitzer an Erbschaftsgläubiger leistet (vgl. zu [4] fg.) ist noch zu betrachten, wie sich die Geltendmachung derselben als Verwendungen auf die Erbschaft zu den Rechten des Zahlenden gegen den Empfänger, den Erbschaftsgläubiger, verhält. Wenn der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft an den Gläubiger eine Leistung bewirkt hat, so ist zunächst möglich, daß der Gläubiger gar nicht Eigenthümer des Geleisteten geworden ist; dann ist natürlich auch der Erbe nicht befreit, kann aber die Leistung

[7] L. 31 § 1. 2 D. 5, 3.

genehmigen (185) und hierdurch Befreiung erwerben. Ist der Gläubiger Eigenthümer geworden — gemäß § 2366 fg. oder nach sonstigen Sätzen über den Rechtserwerb von Nichtberechtigten —, so muß man annehmen, daß der Erbe befreit ist. Er könnte die Herausgabe des Geleisteten nicht nach § 816 fordern, da die Leistung entgeltlich erfolgt ist. Wollte man aber versuchen, eine condictio indebiti des Erbschaftsbesitzers zu construiren, so müßte man doch annehmen, daß dieselbe nach § 2019 dem Erben zustände, der dann mit ihr gegen die Anforderung des Gläubigers an den Erben aufrechnen könnte. Angesichts dessen ist es richtiger, anzunehmen, daß der Erbe befreit wird, und eine condictio indebiti überhaupt nicht entsteht. Dieß läßt sich auch sehr wohl rechtfertigen, indem man annimmt, daß der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft für Rechnung der Erbschaft leistet und somit den Erben befreit (267). Wenn nun aber der Erbschaftsbesitzer mit eigenen Mitteln eine Erbschaftsschuld berichtigt, also aus Eigenem etwas leistet, was nicht er schuldet, so entsteht die Frage ob er nicht, statt seine Aufwendung dem Erben gegenüber zu liquidiren, vielmehr das Geleistete vom Empfänger zurückfordern kann, was möglicher Weise für ihn vortheilhafter ist. M. E. kann man ihm dieses Recht nicht bestreiten und muß annehmen, daß durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers aus eigenen Mitteln ein Schwebezustand entsteht. Erhält der Erbschaftsbesitzer Ausgleichung vom Erben durch Anrechnung auf die Bereicherung des Erbschaftsbesitzers aus der Erbschaft oder durch baare Leistung, so muß der Erbe vom Gläubiger frei werden, und der Erbschaftsbesitzer kann auch von diesem nicht das Geleistete zurückfordern; bis zu solcher Ausgleichung kann aber der Erbschaftsbesitzer das dem Gläubiger Geleistete condiciren, und dann natürlich keine Ausgleichung vom Erben mehr fordern.

4. Leistet der Erbschaftsbesitzer Zahlungen an Nichtgläubiger mit Mitteln der Erbschaft, so ist, wenn die Empfänger überhaupt Eigenthümer werden, die condictio indebiti gemäß § 2019 dem Erben erworben. Geschieht die Zahlung mit Mitteln des Erbschaftsbesitzers, so tauscht dieser für die Zahlung die condictio indebiti gegen den Empfänger ein; als Verwendung auf die Erbschaft kann er die Zahlung nicht liquidiren; höchstens kann er, soweit er Bereicherungssummen zu zahlen hat, von diesen einen entsprechenden Absatz wegen Insolvenz des Condictionsschuldners machen.

5. Wenn Rechtshängigkeit eingetreten ist, so gelten, insoweit der Erbschaftsbesitzer körperliche Sachen herauszugeben hat, auch in Ansehung der Verwendungen die gleichen Sätze, wie bei der Eigenthumsklage (2023 Abs. 2) d. h. das Zurückbehaltungsrecht und die Anwendung der §§ 1000—1003 beschränkt sich auf den Fall der nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten nothwendigen Verwendungen auf die herauszugebenden Sachen selbst, und zwar in den Grenzen, in denen ihr Ersatz nach den Sätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden kann (994). Insoweit der Erbschaftsbesitzer Bereicherungssummen schuldet, haftet er nach Eintritt der Rechtshängigkeit nach den allgemeinen Vorschriften (818 Abs. 4). Demgemäß kommen Verwendungen, welche der Erbschaftsbesitzer nach der Rechtshängigkeit gemacht hat, auch von den Bereicherungssummen nicht mehr schlechthin in Absatz, sondern nur insoweit, als sie den Erben bereichern; denn andere Grundsätze, nach denen der Erbe haften könnte, sind nicht zu finden. Insoweit aber bleibt dem Erbschaftsbesitzer auch bei Verwendungen

nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Anspruch gemäß § 2022 Abs. 3. Ist der Erbschaftsbesitzer bei Beginn des Erbschaftsbesitzes nicht im guten Glauben oder erfährt er später, daß er nicht Erbe ist, so haftet er von Beginn des Besitzes resp. von erlangter Kenntniß an so, wie nach Eintritt der Rechtshängigkeit (2024); daß auch in Ansehung der Verwendungen dieselben Sätze gelten, wie für die nach Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen, spricht § 2024 nicht aus, ist aber anzunehmen. Unterliegt der Erbschaftsbesitzer der strengeren Haftung des § 2025, so hat das in Ansehung der Verwendungen nur den Einfluß, das etwa sonst begründete Zurückbehaltungsrecht abzuschneiden (1000 S. 2. 2022 Abs. 1 S. 2); im Uebrigen aber bleibt maßgebend, ob der Erbschaftsbesitzer in Ansehung jenes Erbrechts in gutem oder bösem Glauben ist.]

C. Voraussetzungen.

§ 614.

Damit die in den beiden vorhergehenden §§ bezeichneten Grundsätze Platz greifen, ist

1) in der Person desjenigen, gegen welchen der Anspruch erhoben wird, zwar nicht erforderlich, daß derselbe die ganze Erbschaft besitze, wohl aber daß er Erbschaft besitze, Viel oder Wenig aus derselben[1], aber als Erbschaft[2]. In dieser Weise besitzt: a) wer sich selbst Erbrecht zuschreibt[3]; b) wer sich für seinen Besitz auf gar keinen rechtfertigenden Grund beruft[4]. Wer sich dagegen für seinen Besitz

---

§ 614. [1] L. 4. 9. 10 pr. § 1 D. 5, 3, l. 16 D. 29, 4. L. 9. 10 pr. citt. „Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius . . possidet vel rem hereditariam, licet minimam". Als iuris possessor wird auch der Erbschaftsschuldner gedacht, l. 13 § 15 D. 5, 3. S. noch l. 16 § 4 D. 5, 3. [Leonhard S. 6 fg., Leinweber S. 4 fg., der aber S. 5 [1] das „auch" des letzten Satzes Windscheids irrig interpretirt. RG. XXVIII S. 172 unten.]

[2] Gegen die Meinung von Fabricius (§ 611 Note *), daß die hereditatis petitio nur gegen denjenigen gehe, welcher sich eines vom Erben noch nicht besessenen Nachlasses ganz oder theilweise bemächtigt habe, s. Arndts Beiträge S. 1 fg., Vangerow § 505 Anm. [Roßteutscher die Passivlegitimation bei rei vindicatio, Publiciana und hereditatis petitio. Erl. Diss. 1899.]

[3] Er besitzt „pro herede". L. 9. l. 11 pr. l. 20 § 13 D. 5, 3. Daß er bloß das Erbr. des Klägers bestreite, genügt nicht. L. 42 D. 5, 3. Vgl. Zimmermann S. 219 fg., Unger § 50 [10]. Sf. XXXV. 141. Der Testamentsexecutor gegenüber dem das Testament angreifenden Intestaterben: Sf. XXIII. 235.

[4] Er besitzt „pro possessore". L. 9 D. 5, 3 ([1]): — „eum demum teneri petitione hereditatis, qui . . pro herede vel pro possessore possidet . .". L. 11 § 1—l. 13 pr. D. 5, 3. „Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam posses-

auf irgend einen anderen rechtfertigenden Grund beruft als Erbrecht, gegen den ist der Erbschaftsanspruch mit seinen eigenthümlichen Regeln nicht begründet[5]. Doch steht dem Besitzer, welcher sich auf Erbrecht

sionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur". L. 13 § 1 D. eod., l. 16 § 4 eod., l. 14 § 2 D. 4, 2, l. 6 § 6. l. 22 § 1 D. 25, 2, l. 13 § 1. l. 14 pr. D. 11, 3. Sf. XI. 59, XXXV. 140, XLI. 26. Fitting ACPra. LII S. 242 [150], indem er das „vel" in l. 12 cit. mit „oder" übersetzt, nimmt pro possessore possessio auch in dem Falle an, wo der Besitzer sich zwar auf Erbr. beruft, aber weiß, daß ihm kein Erbr. zusteht. Gegen Fitting's Ansicht spricht die Autorität der Basiliken (XLII, 1, 12); für dieselbe, aber nicht in entscheidender Weise, Gai. IV, 144, § 3 I. 4, 15, l. 1 § 9 D. 29, 4 (welche Stelle nur von einem praedo, also einem unredlichen Besitzer, spricht, aber nicht von einem possessor pro possessore). Gegen Fitting hat sich erklärt Leist Fortſ. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 I S. 255 fg., Brinz 2. Aufl. III § 400 [56] [vgl. Leonhard S. 20 fg. S. 46 fg.: der unredliche Inhaber eines Vortheils zum Schaden des Erben und ohne Erbschaftsbesitz (S. 54).]; gleicher Ansicht wie Fitting ist Köppen Lehrb. S. 295. 296. [Leinweber S. 1 fg.] — Darüber, wie das zu denken sei, daß das r. R. den Besitz pro possessore dem Besitz pro herede gleichstellt, s. Arndts Beiträge S. 31. 32. RLex. S. 210. 211, Francke S. 143. 144, Vangerow II S. 345. Während diese Schriftsteller vorzugsweise praktische Erwägungen geltend machen, möchte ich das Hauptgewicht auf die improba usucapio pro herede legen, kraft deren der Besitz pro possessore sich als einen Angriff unmittelbar gegen das Erbr. herausstellte. Nachdem der Satz einmal anerkannt war, sind freilich denn auch Consequenzen aus demselben gezogen worden, welche mit der usucapio pro herede nicht zusammenhangen.

[5] L. 4 C. 7, 34. „Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emtore vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio noceat". Bewußtsein davon, daß man durch den Titel, auf welchen man sich beruft, nicht Eigenthümer sei, begründet den Erbschaftsanspruch nicht, l. 13 § 8 D. 5, 3, wohl Bewußtsein davon, daß der Titel nicht rbeständig ist, l. 13 § 1 D. 5, 3. [Leinweber S. 11 fg.] Die Gründe, aus welchen Zimmermann S. 227 fg. in diesem letzteren Falle die Erbschaftsklage dennoch dann ausschließen will, wenn das Geschäft mit dem Erblasser selbst abgeschlossen worden ist, sind nicht überzeugend. Sf. XXXV. 140. 141. RG. X S. 161, XIX S. 242. S. auch RG. XVIII S. 179. [XXVIII S. 173: Es genügt, daß der Besitzer die Rsungültigkeit des angeblichen Titels kannte oder kennen mußte.] — Wie ist es aber, wenn der Besitzer nicht auf Grund des Titels, auf welchen er sich beruft, den Besitz erlangt, sondern sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlaßsachen gesetzt hat? Es wird behauptet, daß auch in diesem Falle die hereditatis petitio begründet sei, und es wird daraus die Consequenz gezogen, entweder daß der Erbe einem solchen Besitzer gegenüber den Beweis seines Eigenthums nicht zu führen brauche (vgl. § 615 [14]), oder daß er sich von Seiten eines solchen Besitzers den Gegenbeweis des Eigenthums nicht gefallen zu lassen brauche. So Fabricius S. 171 fg., Arndts Beiträge S. 38 fg. RLex. S. 211 [30]. Lehrb. § 531 [6], Vangerow § 505 Anm. Nr. 2, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 50. Dagegen Savigny ZS. f.

beruft, derjenige gleich, welchem die Erbschaft als Vermächtniß herausgegeben worden ist[6], und derjenige, welcher die Erbschaft durch Geschäft unter Lebenden erworben hat, wenigstens insoweit, als das Recht der gegen ihn zu erhebenden Einzelansprüche ihm nicht vortheilhafter sein würde[7]. Stirbt ein Besitzer, gegen welchen der Erbschaftsanspruch begründet ist, so geht dieser Anspruch mit dem Besitz auf seinen Erben über, ohne daß dessen eigene Meinung über den Grund des Besitzes in Betracht käme[8]. — Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs ist gegenwärtiger Besitz; es müßte denn der Besitz arglistigerweise aufgegeben worden sein[9]. In Einem Falle haftet dem Erbschaftsanspruch wer nie besessen hat, derjenige nämlich, welcher wissend, daß er nicht besitzt, sich arglistigerweise auf den Proceß einläßt[10]. In beiden Fällen geht aber der Anspruch auf den Erben des Verpflichteten nur nach den Regeln der Delictsansprüche über [11]. — Leugnet der Besitzer gegen besseres Wissen den Besitz ab und wird er dessen überführt, so

---

gesch. RW. VI S. 251 fg., Brinz 1. Aufl. S. 688 fg. 2. Aufl. III S. 226, Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 II S. 417 fg. Auch ich halte jene Behauptung nicht für hinlänglich gerechtfertigt; s. l. 13 pr. D. 5, 3: — „nec ullam causam possessionis possit dicere“, s. auch l. 25 § 5 D. 5, 3. L. 3 C. 8, 2 (l. un. C. Th. 4, 21) spricht nur vom interdictum quorum bonorum, und die Uebertragung ihrer Bestimmung auf die hereditatis petitio ist äußerst bedenklich. S. namentlich Brinz 1. Aufl. S. 689 fg. Nach der hier vertretenen Ansicht ist erkannt worden von dem OAG. zu Oldenburg bei Sf. XVIII. 94; nach der entgegengesetzten von dem OAG. zu Dresden das. XVIII. 95. Vgl. auch das. XXVII. 149.

[6] L. 20 § 13 D. 5, 3, l. 1 C. 3, 28, vgl. l. 13 § 2. 6 D. 5, 3. Francke S. 146. [Leonhard S. 25 fg.]

[7] L. 13 § 4. 5. 8—10 D. 5, 3. Die herrschende Meinung nimmt an, daß gegen den Erbschaftskäufer rc. die hereditatis petitio mit allen ihren Eigenthümlichkeiten begründet sei. [Sf. XLVIII. 41 (RG.) Leinweber S. 10, jedoch mit Modificationen (S. 27 fg.). Leonhard S. 25 fg.] Dagegen Francke S. 165 fg. mit guten Gründen; so namentlich l. 2 C. 3, 31. Vgl. auch Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. (Leipzig 1877) S. 86 fg. — Sf. XXI. 244.

[8] L. 13 § 3 D. 5, 3; l. 13 § 11 D. 5, 3 ist von dem Erben eines Erbschaftskäufers zu verstehen. Francke S. 163 fg. Vangerow § 505 Anm. Nr. 3. Anders Fitting ACPra. LII S. 244. [Anders wieder Leinweber S. 10 fg. 18 fg. 26, vgl. § 615 [14], noch anders Leonhard S. 29 fg., welcher annimmt, derjenige, als dessen Erbe Beklagter besitzen wolle, müsse durchaus nicht der sein, dessen Erbe Kläger zu sein behauptet; dem kann ich nicht beitreten.]

[9] S. § 612 [11].

[10] L. 13 § 13. l. 45 D. 5, 3. Vgl. I § 196 [8].

[11] Vgl. I § 193 [8 a. E.] § 196 [8].

muß er das Besessene dem Kläger herausgeben und nun selbst als Kläger auftreten[12].

[1. Nach BGB. ist der Erbschaftsanspruch begründet gegen den Erbschaftsbesitzer, d. h. denjenigen, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (2018), wäre es auch nur eine einzige Sache. Sein Besitz muß im Causalzusammenhange mit nicht bestehendem Erbrecht stehen, darum muß es natürlich Eigenbesitz sein (Leonhard S. 19). Der Besitzer kann sich für den Erben halten, aber auch wissentlich fälschlich so handeln, als wenn er es wäre, vgl. (2024 z. Anf.) S. Leonhard S. 20 fg.: der bethätigte Wille die Vortheile eines Erbr. zu genießen [S. 24]). Es ist möglich, daß der Erbschaftsbesitzer einseitig den Besitz ergriff, und zwar kann er Erbschaftsbesitzer nicht nur dann sein, wenn er dem Erben, auf den der Besitz des Erblassers rechtlich von selbst übergeht (857), in der realen Besitzergreifung zuvorkommt, sondern auch, wenn er nach realer Besitzergreifung durch den Erben diesem auf Grund seines angeblichen Erbrechts die Sache weggenommen hat (vgl. 2025). Andererseits ist möglich, daß dem Erbschaftsbesitzer etwas aus der Erbschaft mit Rücksicht auf sein angebliches Erbrecht ausgeliefert ist, von einem Testamentsvollstrecker, von einem Dritten, von dem wahren Erben, der sein Erbrecht nicht kannte.

2. Wer dagegen besitzt, ohne daß sein Besitz mit vorgeblichem Erbrecht im Causalzusammenhange steht, ist nicht Erbschaftsbesitzer und kann mit dem Erbschaftsanspruche nicht belangt werden. Allerdings bemerken die Mot. V S. 579 in Ansehung des gemeinrechtlich haftenden pro possessore possessor, das Verhalten desjenigen, welcher Erbschaftsgegenstände hinter sich habe, ohne über den Grund seines Verhaltens Aufschluß zu geben, erfahre die mildeste Auslegung, wenn es als Anmaßung des Erbrechts ausgelegt werde. Diese Auslegung liege so nahe, daß Vorschriften darüber entbehrlich erscheinen. Die Motive nehmen also an, daß trotzdem das Gesetz den pro possessore possessor nicht nenne, derselbe gleichwohl als pro herede possessor hafte. Die Richtigkeit dieser Argumentation ist in der II. Commission mit Recht bezweifelt (Prot. S. 7821); diese Commission ihrerseits hat die Haftung des pro possessore possessor abgelehnt, weil ein praktisches Bedürfniß dafür nicht vorliege. (Prot. S. 7823 fg.). Die hereditatis petitio ist im gemeinen Recht dem Erben namentlich dadurch günstig, daß sie ihn entlastet von dem Beweise des Rechts des Erblassers an den bei seinem Tode in seiner Hand befindlichen Sachen, und durch das Recht des Erben auf den Offenbarungseid (vgl. § 615 a. E.) Das BGB. konnte eine engere Eingrenzung des Gebietes des Erbschaftsanspruchs ertragen, weil es den Besitz auf den Erben übergehen läßt, dem Erben also die Besitzklagen zustehen, wenn Jemand etwas, gleichviel aus welchem Grunde einseitig aus der Erbschaft wegnimmt, weil ferner der Erbe die Klage des § 1007 zur Verfügung hat und ihm in Betreff des Rechts des Erblassers die Präsumtionen der §§ 1006. 891 zu Hülfe kommen; das Recht auf Auskunft und Offenbarungseid aber giebt auch das BGB dem Erben nicht bloß gegen den Erbschaftsbesitzer, sondern in viel weiterem Umfange

---

[12] L. 80 D. 6, 1.

(vgl. Leonhard S. 117 fg.). Daß freilich mit dem Allen noch nicht dasselbe Resultat entsteht, wie im gemeinen Recht, ist richtig. Vgl. Leonhard S. 111 fg.

3. Die Verpflichtung, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen und gemäß § 260 fg. den Offenbarungseid zu leisten, hat der Erbschaftsbesitzer (2027 Abs. 1); ferner aber derjenige, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz thatsächlich ergriffen hatte (2027 Abs. 2). Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, ist verpflichtet, Auskunft darüber zu ertheilen, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat, und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist (2028 Abs. 1). Auch diese Auskunft muß nach näherer Maßgabe von § 2028 Abs. 2. 3 mit Offenbarungseid bestärkt werden. Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein ertheilt worden ist, hat dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen (2362 Abs. 2), hat also auch die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides gemäß §§ 260. 261. Die Erfüllung der Auskunftspflicht kann je nach der Sachlage, insbesondere je nach dem Inhalt der Auskunft zur Feststellung des Umfangs der Haftung des Erbschaftsbesitzers helfen, aber auch dazu, daß einer der sonst Auskunftspflichtigen als Erbschaftsbesitzer erkannt wird, oder sie kann Material zur Begründung einer anderen Klage liefern, z. B. der Geschäftsführungsklage, möglicherweise freilich auch ein rein negatives Ergebniß herbeiführen.

4. Dem Erbschaftsbesitzer stellt das Gesetz unbeschränkt, also sowohl in Bezug auf den Erbschaftsanspruch, wie in Bezug auf die Auskunftspflicht, denjenigen gleich, der vom Erbschaftsbesitzer die Erbschaft erwirbt — als Ganzes, nicht bloß etwas Einzelnes daraus (2030), (vgl. Leonhard S. 27 fg.). Daß der Erbe des Erbschaftsbesitzers dem Erbschaftsanspruch haftet, ist selbstverständlich. Zu seinen Lasten ist die Erfüllung des Erbschaftsanspruchs eine auf dem Nachlaß seines Erblassers ruhende Nachlaßverbindlichkeit (1967 Abs. 2) gepaart mit Aussonderungsrecht (vgl. 1971 a. E.). Aber auch die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers und der sonst Auskunftspflichtigen muß auf deren Erben übergehen, nur brauchen diese natürlich nicht mehr zu sagen, als sie wissen.]

2. In der Person desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, ist Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs Erbrecht[13]; dem Erben steht aber gleich der Erbschaftsvermächtnißnehmer[14], ferner der Fiscus, an

---

[13] Vgl. tit. D. de possessoria hereditatis petitione 5. 5. L. 2 D. tit. cit. „Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest". Gegen Fabricius S. 177 fg. 209 fg., welcher die Erstreckung der hereditatis petitio auf die bonorum possessio für eine Erfindung der Compilatoren hält, s. Arndts Beiträge S. 50 fg., und vgl. überhaupt Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 II S. 288 fg.

[14] Tit. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6. Auch der gesetzliche Vermächtnißnehmer, § 574, 1. 2.

welchen die Erbschaft gefallen ist[15], und wer vom Fiscus die Erbschaft erworben hat [16]. Erbrecht auf's Ganze ist nicht erforderlich; auch der Theilerbe hat den Erbschaftsanspruch[17]. Er muß aber bei der Klage den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, angeben, ausgenommen wenn er ohne seine Schuld im Ungewissen darüber ist[18]. Hängt die Größe des Erbtheils von der Zahl der Kinder ab, welche eine schwangere Frau gebären wird, so werden für das von ihr zu Gebärende einstweilen drei Theile zurückbehalten[19].

[Nach BGB. steht der Erbschaftsanspruch wie der Anspruch auf Auskunft und Offenbarungseid dem Erben zu, also auch dem an Stelle des Erbschaftsvermächtnißnehmers getretenen Nacherben ([14]); dem Fiscus stehen die gleichen Ansprüche deßhalb zu, weil er Erbe ist (1936). Der Theilerbe kann den Erbschaftsanspruch nur nach § 2039 geltend machen, Auskunft und Offenbarungseid kann er für sich allein verlangen. Beide Ansprüche setzen die bestimmte Angabe der Erbquote nicht voraus. Entgegen dem Satz zu [19] s. BGB. 1963 a. E. — Derjenige, welcher durch Vertrag die Erbschaft erworben hat, (vgl. zu [16]) hat den Erbschaftsanspruch und die Ansprüche auf Auskunft und Offenbarungseid an sich nicht, sondern nur auf Grund einer Abtretung durch den Veräußerer, zu welcher dieser verpflichtet ist (2374), und die möglicher Weise in dem Erbschaftsverkauf oder sonstigen auf Veräußerung der Erbschaft gerichteten Vertrage liegt. Derjenige, dem ein Miterbe seinen Antheil gemäß § 2033 Abs. 1 abgetreten hat, tritt auch in Bezug auf die fraglichen Ansprüche unmittelbar an Stelle des Miterben.

Ueber die dem Erbschaftsanspruch und seinen Hülfsansprüchen analogen Ansprüche des mit Unrecht für todt Erklärten oder sonst Todtgeglaubten s. BGB. 2031.]

---

[15] L. 20 § 6. 7 D. 5, 3.

[16] L. 54 pr. D. 5, 3. Er wird auch in Beziehung auf die Schuldverhältnisse als Erbe behandelt, l. 1 C. 4, 39, l. 41 D. 49, 14. Deßwegen darf auch nicht dem Käufer ꝛc. vom Fiscus der Käufer ꝛc. vom Erben gleichgestellt werden. Aber kann der Käufer ꝛc. vom Erben nicht wenigstens die hereditatis petitio des Erben als Cessionar geltend machen? Der Käufer ꝛc. einer körperlichen Sache hat nicht sofort die rei vindicatio des Verkäufers ꝛc. erworben. Aber der Verkäufer hat ihm eben auch Eigenthum übertragen wollen, nicht seinen Eigenthumsanspruch. Dagegen ist der Verkauf ꝛc. einer Erbschaft nicht (jedenfalls nicht nach dem Willen des R.) auf die Uebertragung der Erbschaft gerichtet, sondern auf Uebertragung alles dessen, was der Verkäufer ꝛc. als Erbe hat: und gehört dazu nicht auch der Erbschaftsanspruch? Vgl. Francke S. 397. (Anders frühere Auflagen [bis zur 5.]). S. jetzt auch Brinz 2. Aufl. II § 400 [14].

[17] S. g. hereditatis petitio partiaria. Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4. In diesem Fall kann der Gegner als Miterbe anerkannt sein, oder nicht, und der als Miterbe Anerkannte kann alleiniger Gegner sein, oder mit ihm ein Anderer. Vgl. überhaupt Glück VIII S. 2 fg., Arndts RLex. S. 213 fg., Sintenis III § 192 C. Sf. XXVI. 253, XXVII. 150.

[18] L. 1 § 5 D. tit. cit. — „ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi".

[19] S. § 608 [1a]. Arndts RLex. S. 220—221.

D. Beweis*.

§ 615.

Der Kläger in der Erbschaftsklage muß

1) was sein Erbrecht angeht, beweisen den Tod des Erblassers oder daß derselbe für todt erklärt worden sei[1], ferner die Thatsache seiner Berufung. Die Thatsache des Erwerbes der Erbschaft braucht er nur dann zu beweisen, wenn der Erblasser für den Erwerb eine besondere Frist oder Form angeordnet hat[2]. Die testamentarische Berufung[2a] wird dargethan im Fall eines schriftlichen Testamentes durch Vorlage der Testamentsurkunde, wobei der Kläger im Bestreitungsfall die Echtheit der Unterschrift (bez. Schrift[3]) des Testators und die Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten[4], der Beklagte sonstige Ungültigkeitsgründe, welche er geltend macht[5], zu beweisen hat[6]. Doch ist die Vorlage der Testamentsurkunde nicht unbedingt erforderlich; ist dieselbe durch einen Zufall zerstört worden oder abhanden gekommen[7], so kann der Beweis des schriftlichen Testamentes auch sowohl durch die Aussagen der zu demselben zugezogenen Zeugen (wenn sie nämlich den Inhalt desselben in Erfahrung gebracht haben[8]), als auch in jeder andern processualisch zulässigen Weise geführt werden[9]. Der Beweis des mündlichen Testamentes wird entweder

* Glück VII S. 493 fg. 503 fg. Arndts RLex. V S. 216 fg. Sintenis III § 190. Unger § 51. Köppen Lehrb. S. 314 fg.

§ 615. [1] S. I § 53.

[2] D. h. für den Fall, daß der Erwerb nicht in bestimmter Form oder binnen bestimmter Frist erfolgen sollte, die Erbeseinsetzung zurückgenommen hat. Vgl. § 568 [8]. Abgesehen von diesem Fall liegt schon in der Klageanstellung eine wirksame Erwerbserklärung.

[2a] Das im Folgenden für die testamentarische Berufung Gesagte gilt analog auch für die Berufung durch Erbvertrag. [Legitimation gegenüber Erbschaftsschuldnern: Sf. XLVII. 207, LII. 227.]

[3] S. § 541 [5].

[4] Sf. I. 95 Nr. 8, XI. 256, XIV. 148. Fein Forts. von Glück XLV S. 40 fg.

[5] Wie z. B. Unfähigkeit des Erblassers oder eines Testamentszeugen, Mängel der Willenserklärung, Verletzung des Notherbenr., Errichtung eines neuen Testamentes.

[6] L. 11 C. 4, 19. „Si scriptum heredem ab amita tua vel de testamenti vitio vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem probari a te posse confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciae agere potes". L. 5 C. 6, 36, l. 4 D. 28, 4, l. 22 D. 22, 3. S. überhaupt I § 133 [7]. Sf. I. 95 Nr. 8 a. E.

[7] Vgl. § 564 [8] und Arndts S. 218.

[8] L. 30 C. 6, 23.

[9] Hierüber ist kein Streit. Sf. II. 359, XV. 138.

durch die Aussagen der sämmtlichen zu demselben zugezogenen Zeugen[10] oder durch eine von ihnen unterzeichnete Urkunde[11] geführt. Der Beweis der Intestatberufung[12] wird geführt durch Nachweis des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses oder der behaupteten Ehe. Behauptet der Beklagte, es sei ein die Intestaterbfolge ausschließendes Testament oder ein näherer Verwandter vorhanden, so ist es an ihm, dieß zu beweisen[13].

---

[10] Nach einer anderen Meinung sollen die Aussagen zweier Zeugen genügen. So auch Sf. II. 359, vgl. XXXIII. 46. Dagegen Glück VII S. 504 fg. XXXV S. 8 fg., Arndts S. 218, Sintenis III § 190 [8], Köppen Lehrb. S. 316, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 264—266 (= Sf. XIII. 154), Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXXVI S. 136 fg. (= Sf. XXXIII. 45). In der That ist jene Meinung nicht haltbar. Denn die Testamentszeugen sind nicht bloß dazu da, um das Testament anzuhören, sondern eben um ein Zeugniß über dasselbe abzulegen. S. auch l. 31 C. 6, 23, l. 32 C. 6, 42. Beim schriftlichen Testament haben die Zeugen dieß bereits durch ihre Unterschrift gethan. Allerdings kann in dieser Weise ein mündliches Testament sehr leicht wegen Mangels an Beweis zu Fall kommen; „aber Begünstigung verdienen die mündlichen Testamente gewiß nicht“ (Arndts a. a. O. [70 a. E.]). — Die hervorgehobene Bedeutung der Testamentszeugen schließt auch die Anwendbarkeit der Bestimmung des EG. z. CPO. § 14, 2 aus. A. M. Mandry § 27 [89], Dernburg III § 173 [8].

[11] Glück XXXV S. 7 zu [7]. Sf. I. 95 Nr. 8. Diese Concession läßt sich vertheidigen mit Rücksicht darauf, daß in diesem Fall doch jedenfalls eine Aussage der Zeugen vorliegt, und mit Rücksicht auf N. O. Tit. II § 5, obgleich in dieser Stelle auch Unterschrift des Erblassers und des Notars verlangt zu werden scheint. — Daß aber auch eine von dem zugezogenen Notar und zwei Zeugen errichtete Urkunde genügend sei, wie Glück a. a. O. zu Note [5] mit älteren Praktikern behauptet, wüßte ich nicht zu rechtfertigen.

[12] Glück VII S. 510—512. Linde ZS. f. CR. u. Pr. I S. 160 fg., Arndts a. a. O. S. 219—220. Sintenis III S. 532—533.

[13] Sf. IX. 314, XII. 305, XVI. 130. 254, XX. 78, XXXII. 329. Der Beklagte muß den Beweis der näheren Verwandtschaft führen, mag er behaupten, daß er selbst, oder daß ein Dritter der nähere Verwandte sei. Ueber das Erstere wird gestritten (a. M. Glück, Sintenis, Sf. I. 258, IX. 315, XXVII. 40); doch ist dieser Streit ohne praktische Bedeutung, da der Beweis der Verwandtschaft nicht geführt werden kann, ohne daß zugleich der Grad der Verwandtschaft bewiesen würde. — Die Behauptung, der Einwand des Beklagten, ein Dritter sei der nähere Verwandte, sei als exceptio de iure tertii gar nicht zulässig (so auch Sf. I. 258), bedarf keiner Widerlegung. Sf. XIV. 149. — Muß der Beklagte, wenn er behauptet, ein Dritter sei der nähere Verwandte, auch dessen Erwerb beweisen? Dafür Sf. IX. 316; dagegen VIII. 156, XVI. 130 a. E. — Die gleichen Grundsätze gelten auch für den Fall, wo auf Grund der Intestaterbfolge nicht die Erbschaft eingeklagt, sondern ein einzelner Erbschaftsanspruch geltend gemacht wird, und unrichtig ist die Behauptung, daß der Kläger wenigstens in diesem Falle den Beweis führen müsse, daß er der nächste Verwandte sei. Sf. XVI. 254, XX. 78; gegen XII. 305, XVI. 130, XXVIII. 38.

[Nach BGB. muß der Erbe ebenfalls den Tod des Erblassers oder die Todeserklärung beweisen, sowie die Thatsachen, auf denen der Anfall der Erbschaft an ihn ruht. Den Beweis der Annahme der Erbschaft (zu [8]) braucht er nicht zu führen, er kann nur zurückgeschlagen werden mit dem Beweis, daß er die Erbschaft ausgeschlagen habe. Beweismittel sind stets alle processualisch zulässigen. Es ist für den Fall, daß eine Testamentsurkunde nicht vorgelegt werden kann, keineswegs das Zeugniß sämmtlicher Urkundspersonen erforderlich. Ueber den Erbschein s. unten nach § 620.]

2) Nicht minder muß der Kläger im Bestreitungsfall den Erbschaftsbesitz des Beklagten in dem in § 614 entwickelten Sinn beweisen[14].

[14] Er muß also beweisen: 1) daß der Beklagte besitze; 2) daß derselbe Erbschaftssachen besitze. Erbschaftssachen sind aber nach § 612, 1 auch Sachen, welche bloß im Besitze des Erblassers gewesen sind, an deren Behalten aber derselbe ein rliches Interesse hatte, und man wird nicht zu weit gehen, wenn man für dieses rliche Interesse einen Beweis vom Kläger nicht verlangt, sondern vom Beklagten den Beweis des Mangels dieses rlichen Interesses (oder des Aufhörens desselben mit dem Tode des Erblassers) erwartet. Sf. XVIII. 93, XXI. 62, vgl. auch XIV. 147, Francke S. 205, Bruns Besitzklagen S. 16. Der Kläger muß aber 3) auch beweisen, daß der Beklagte Erbschaftssachen pro herede oder pro possessore besitze. Beruft sich daher der Beklagte auf einen Singulartitel, so muß der Kläger, um seine Klage als hereditatis petitio aufrecht zu halten, und namentlich also der Nothwendigkeit des Beweises des Eigenthums oder des redlichen Erwerbes zu entgehen (oben 2), darthun, daß der Beklagte selbst nicht an die Wahrheit seines Titels glaube (§ 614 [5]). Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt; von Anderen wird behauptet, daß die Berufung des Beklagten auf einen Singulartitel die hereditatis petitio nicht ausschließe, daß es vielmehr in diesem Falle die Pflicht des Beklagten sei, die Wahrheit seines Titels darzuthun. Sintenis § 190 [35], Dernburg III § 172 [16], Köppen Lehrbuch S. 327, Sf. XVIII. 95, RG. X S. 162. Ich finde für diese Meinung keine Rechtfertigung; l. 3 C. 8, 2, welche man auch für diese Frage hat verwerthen wollen (vgl. § 614 [5]), paßt hier schon deßwegen nicht, weil sie voraussetzt, daß eigenmächtige Besitzergreifung feststehe (denn daß auch das interdictum quorum bonorum nur gegen den Besitzer pro herede oder pro possessore begründet war, ist ja außer Streit). Das RG. a. a. O. macht geltend, man dürfe nicht dem Kläger „einen praktisch ganz undenkbaren negativen Beweis" auferlegen. Ich verstehe das nicht; der Kläger soll ja nicht beweisen, daß der Beklagte nicht aus einem Singulartitel besitze, sondern daß der Beklagte wisse, daß der von ihm behauptete Singulartitel nicht rbeständig sei. Gegen die bezeichnete Meinung auch Sf. V. 203, XVI. 128, XXXV. 140 (S. 206), vgl. XV. 234. Vgl. die Literaturangaben § 614 [5]. [Leinweber S. 12 fg., 16 fg., 23 fg.: die h. p. wurde ursprünglich nur gegen den gegeben, der Erbr. behauptete; dann dehnte man sie aus in der Tendenz, sie ohne Rücksicht auf die possessio pro herede oder pro possessore überall da durchdringen zu lassen, wo nicht von dem Beklagten ein Singulartitel oder ein Putativtitel nachgewiesen werden konnte. Diesem Beweis gegenüber kann der Kläger die h. p. ermöglichen, wenn er nachweist, daß der Beklagte die Ungiltigkeit des Titels kannte. Der Hauptgrund für diese Aufstellung ist l. 13 § 11 D. 5, 3. Wenn aber in dieser Stelle wirklich von Sachen die Rede wäre, die der Erblasser des Besitzers als einzeln gekaufte besaß, so wäre es willkürlich, die h. p. nur dann durchdringen zu lassen, wenn der Besitzer diesen

Nach der Praxis kann er zu diesem Ende von dem Beklagten die Vorlage eines eidlich zu bestärkenden Vermögenverzeichnisses verlangen[15].

[Nach BGB. ist für den Erbschaftsanspruch erforderlich der Beweis, daß der Beklagte mindestens etwas auf Grund angeblichen Erbrechts erlangt hat (vgl. Leonhard S. 115 fg.), für die Klage auf Auskunft und Offenbarungseid der Beweis einer der Thatsachen, an welche das Gesetz die Verpflichtung zu diesen Leistungen knüpft. Die Klage der letzteren Art ist der Klage aus dem Erbschaftsanspruch gegenüber selbständig, kann aber mit ihr verbunden werden (vgl. darüber CPO. 294). Mit der begründeten Klage auf Auskunft und Offenbarungseid ist der Erbe auch dann Sieger, wenn die wahrheitsgemäße Auskunft so ausfällt, daß er Weiteres nicht zu fordern hat.]

F. Zusätzliches.

§ 616.

1.* Die Erbschaftsklage ist gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 614 Ziff. 1) nicht bloß zulässig, sondern, wenn dieser auf derselben besteht, auch nothwendig; d. h. der Erbschaftsbesitzer kann verlangen, daß das von ihm Besessene ihm nur als Erbschaft und nach den für

---

Titel nicht beweist (vgl. § 614 [8]). Für die Beweislast des Klägers in Betreff der Qualität des Besitzes des Beklagten Leonhard S. 35 fg. s. jedoch S. 45.] — Um nicht eine falsche Klage anzustellen, konnte der Kläger nach r. R. an den Beklagten in iure die Frage richten, ob er nicht pro herede oder pro possessore besitze, l. 11 C. 3, 31. Für das heutige R. gibt man dem Kläger das R., mit der hereditatis petitio eventuell die rei vindicatio zu cumuliren, oder man gewährt auch wohl dem Richter die Befugniß, ohne Weiteres die angestellte hereditatis petitio als rei vindicatio aufrecht zu halten. Glück VII S. 520, Sintenis III § 190 [35]. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VIII S. 245 (= Sf. XXXI. 346). Dagegen Sf. V. 203. Vgl. IX. 311. [Behauptet der Beklagte als gutgläubiger Besitzer den Fortfall seiner Bereicherung, so ist er beweispflichtig. Sf. LI. 36.]

[15] Vgl. Zimmermann S. 463 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 253 fg., Dernburg III § 173 a. E., Sf. VIII. 190, XII. 49. 122. 345. 346, XIII. 105, XVI. 126. 265, XXI. 265, XXXI. 51, vgl. II. 233, VII. 62, XXXIII. 142. 143, XXXIV. 248, XXXVII. 46, XXXIX. 317, XL. 31, XLI. 198, XLIII. 127. RG. XIV S. 208. [[Sf. XLVI. 270]] [XLVII. 208, XLVIII. 271, LI. 114 (RG.), LII. 167, LIII. 18. 240.]

* Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen (1852). S. ferner: Planck Mehrheit der Rstreitigkeiten im Proceßr. S. 226 fg. 504 fg. (1844). Arndts RLex. S. 235—238 (1844). Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 79 fg. (1864). Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen S. 161 fg. 169 fg. 197 fg. 212 fg. (1868). Planck Rec. dieser Schrift, kr. VJS. XI S. 183 fg. (1869). Vangerow II § 508. Sintenis III S. 560 fg. Brinz 1. Aufl. § 165. 2. Aufl. III S. 233 fg. Unger § 53. Köppen Lehrbuch S. 305 fg.

die Erbschaftsklage geltenden Grundsätzen, nicht unter irgend einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, abgefordert werde[1]. Ja selbst mittelbar, durch eine gegen einen Dritten durchgeführte Klage, darf der Erbschaftsbesitzer nicht zu einer Leistung genöthigt werden, welche er nach dem Recht der Erbschaftsklage zu machen nicht verpflichtet ist, und daher hat der Dritte gegen eine Klage, deren Durchführung den bezeichneten Erfolg haben würde, dieselbe Einrede, wie der Erbschaftsbesitzer selbst[2].

[Auch das BGB. stellt den Satz zu [1] auf (2029, vgl. Leonhard S. 119 fg.); den Satz zu [2] dagegen hat es nicht; der Dritte kann geschützt sein nach den Sätzen über die Rechtsableitung von Nichtberechtigten beim Erwerb beweglicher Sachen und von Rechten an solchen, wenn er gutgläubig annahm, der Veräußerer sei Erbe (932 fg.), auch bei dem Erwerb von Grundstücken und Rechten an solchen, wenn der Erbschaftsbesitzer als Erbe ins Grundbuch eingetragen war (892 fg.), insbesondere aber dann, wenn er auf Grund eines Erbscheines mit dem Erbschaftsbesitzer verhandelte (2366 fg.); anderen Falls aber ist der Dritte nicht geschützt, sein Regreß gegen den Erbschaftsbesitzer aber auch nicht gehemmt.]

2. [3]Während des Erbschaftsstreites können die Erbschaftsgläubiger Befriedigung von jedem der beiden Prätendenten verlangen[4].

---

§ 616. [1] Er hat gegen die rei vindicatio die exceptio (früher praescriptio) si (quod) praeiudicium hereditati non fiat. Gai. IV, 133, l. 5 § 2 D. 5, 3, l. 12 pr. C. 3, 31. Als Grund dieser Einrede wird in den Quellen angegeben: „magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii“, l. 12 C. cit., ferner: „ne (possessor) singulis iudiciis vexaretur“, l. 13 § 4 D. 5, 3. Hinzuzufügen ist die Rücksicht auf die Verschiedenheit des Inhalts der hereditatis petitio und der Singularklagen, aus welcher Rücksicht allein sich l. 25 § 17 D. 5, 3 ([2]) erklärt. Vgl. Dernburg S. 3 fg. 12 fg., Francke S. 85 fg., Vangerow a. a. O. Nr. I z. A., Bülow S. 200, Planck VJS. S. 185. 186. [Leinweber S. 36 fg.] — Die heutige Anwendbarkeit dieser Einrede wird im Allgemeinen nicht bestritten, aber von Einigen auf den Fall beschränkt, daß der Beklagte durch die Singularklage zu einer andern Leistung genöthigt werden würde, als mit der hereditatis petitio von ihm gefordert werden kann. So Dernburg S. 121, Arndts Pand. § 534. S. auch Planck VJS. S. 190. Vgl. noch Unger S. 246. — Steht die Einrede auch dem Besitzer pro possessore zu? Dafür Dernburg S. 52 fg. und nach ihm Brinz 1. Aufl. S. 701; dagegen Francke S. 144 fg. — Auch dem Besitzer einer einzelnen Sache und dem Erbschaftsschuldner, wenn der Kläger die Erbschaft im Ganzen besitzt? Dagegen Francke S. 92 fg., mit Berufung darauf, daß der Beklagte, wenn er die Vortheile der hereditatis petitio nicht aufgeben wolle, dieselbe seinerseits anstellen könne. Mir scheint dieser Grund nicht durchgreifend. — Ueber l. 13 D. 41, 1 (exceptio rei in iudicium deductae? amtliches Eingreifen des Magistratus?) s. Dernburg S. 54 fg., Francke S. 88 fg., Bülow S. 121 fg. 167 fg.

[2] Vgl. § 612 [15].

[3] Arndts S. 235 fg., Planck Mehrheit S. 228 fg. 505 fg., Francke S. 95 fg., Vangerow a. a. O. § 508 Nr. II. III.

Auch Vermächtnißnehmer brauchen mit ihrer Befriedigung nicht bis zum Ausgang des Erbschaftsstreites zu warten[5]; sie müssen aber dem Beschwerten Sicherheit wegen Rückerstattung für den Fall leisten, daß dieser im Erbschaftsstreite unterliegen sollte[6]. — Erbschaftsschuldner brauchen vor Entscheidung des Erbschaftsstreites keinem der beiden Prätendenten zu leisten; nur wenn Gefahr im Verzuge ist, unterliegen sie der Forderung des redlichen Besitzers der Erbschaft[7].

[Das BGB. kennt die Vorschriften zu [4. 5. 6] nicht. Die Erbschaftsgläubiger haben sich an den zu halten, den sie als den Erben nachweisen können ohne Rücksicht darauf, ob ein Erbschaftsanspruch oder ein Anspruch auf Feststellung des Erbrechts schwebt. Sie können gegen den etwa vorhandenen Testamentsvollstrecker vorgehen (2213). Ist objektiv unbekannt, wer der Erbe ist, so können sie die

[4] L. 12 § 1 C. 3, 31, von Justinian. In der römischen Jurisprudenz wurde über diese Frage gestritten, und auch in sie, wie es scheint, die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat hineingezogen. Die l. 12 cit. beginnt: „Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praeiudicium; magnitudo enim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multae varietates et controversiae veterum exortae sunt, eas certo fine concludentes sancimus . .“. S. übrigens auch l. 4 § 1 D. 35, 3. — Natürlich kann derjenige, welcher gezahlt hat, wenn er im Erbschaftsstreit unterliegt, vom Gegner Ersatz verlangen, und nicht bloß im Urtheil über den Erbschaftsstreit selbst. L. 12 § 1 cit. Kämmerer ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 202 fg. — Francke S. 97 fg. glaubt mit Aelteren, die l. 12 cit. gebe den Erbschaftsgläubigern eine Klage gegen den Erbschaftskläger nur unter der Voraussetzung, daß auch er einen Theil der Erbschaft besitze. Ich halte den dafür versuchten Beweis nicht für ausreichend. — Ausnahme für den Fall, daß der eine der Erbschaftsprätendenten der Fiscus ist, l. 35 D. 49, 14.

[5] A. M. Planck Mehrheit S. 505, indem er die Worte: „vel si ipse maluerit *cett.*“ in l. 12 pr. C. cit. auf den Erben bezieht.

[6] L. 12 pr. cit. Das Vermächtniß soll restituirt werden mit den gezogenen Nutzungen, wenn es in Geld besteht, mit 3% Zinsen. Vgl. l. 6 D. 5, 3. („vel quaerendum an legatum debeatur“ — nämlich wenn auch das Vermächtniß bestritten ist); l. 48 § 1 D. 31, l. 3 § 6—10. l. 4. 8 D. 35, 3, l. 9 C. 6, 37. Francke S. 107 fg.

[7] L. 49 D. 5, 3. Vgl. l. 5 § 2 D. 5, 3 in Verbindung mit l. 7 § 2 D. 28, 8. Andere geben das gleiche R. auch dem Erbschaftskläger. Jedenfalls kann der Erbschaftskläger dingliche Erbschaftsansprüche gegen den Besitzer der betreffenden Sachen geltend machen, da dieser durch Herausgabe derselben aller Verpflichtung ledig wird. — Will der Erbschaftsschuldner mit der Zahlung nicht bis zum Austrag des Erbschaftsstreites warten, so muß er, wenn er sicher gehen will, sich von dem Zahlungsempfänger Caution leisten lassen, oder, wenn keiner der Streitenden in dieser Weise die Zahlung annehmen will, gerichtlich deponiren. L. 1 § 37 D. 16, 3. — Vgl. überhaupt Planck Mehrheit S. 228 fg. 508 fg., Arndts S. 237 fg., Dernburg S. 115 fg. Pand. III § 174 a. E., Francke S. 374 fg., Sintenis III § 192[21], Vangerow II § 508 Nr. II.

Bestellung eines Nachlaßpflegers verlangen und gegen diesen ihre Ansprüche geltend machen (1961). Möglicher Weise hilft ihnen auch Nachlaßverwaltung oder Nachlaß-Concurs über die Schwierigkeit hinweg. Der Besitzer der Erbschaft, gegen welchen Gläubiger vorgehen, muß den Schutz seines Privatvermögens in den Vorschriften über die Beschränkung der Haftung suchen und ist im Uebrigen für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsstreit durch § 2022 geschützt. — Erbschaftsschuldnern andererseits steht ein Satz gleich dem zu [7] nicht zur Seite. Sie kommen aber nicht in Verzug, wenn sie die Leistung bis zum Beweis des Erbrechts des Anfordernden ablehnen (285), laufen auch nicht die Gefahr der Prozeßkosten (CPO. 94), sind gegen den wahren Erben geschützt, wenn sie an den falschen auf Grund eines Erbscheines leisten (2367), und können, wenn sie ohne ihre Schuld nicht wissen, wer der Erbe ist, gemäß § 372 S. 2. 383 Abs. 1 S. 2 vorgehen, im Processe aber nach CPO. 75 verfahren.]

V. Erlangung des provisorischen Besitzes der Erbschaft.

A. Auf Grund der Bescheinigung des Erbrechts*.

§ 617.

In gewissen Fällen kann provisorischer Besitz der Erbschaft erlangt werden, während die Erledigung der Frage nach der wirklichen Erbberechtigung einer späteren Zeit vorbehalten bleibt.

Der erste dieser Fälle ist der, wo ein Erbschaftsprätendent für seine Erbberechtigung zwar nicht Beweis, aber doch eine Bescheinigung beibringt. Auch mit der bloßen Bescheinigung überwindet er den Erbschaftsbesitzer so weit, daß dieser ihm den Besitz der Erbschaft einstweilen herausgeben und sein behauptetes besseres Erbrecht in einem besonderen von ihm seinerseits zu erhebenden Proceß darthun muß[1]. Hierüber ist des Näheren folgendes zu bemerken.

---

* Savigny ZS. f. gesch. RW. V S. 1 fg. VI S. 229 fg. (1823. 1828). Nachtrag vom Jahre 1849 in den verm. Schriften II S. 291 fg. Thibaut ACPra. X S. 456 fg. (1827). v. Löhr das. XII S. 85 fg. (1829). Fabricius Rhein. Mus. IV S. 204 fg. (1833). Roßhirt testam. Erbr. II S. 55 fg. (1840). Arndts Beiträge S. 108—112. RLex. V S. 265—269 (1837. 1844). Gerau ZS. f. CR. u. Pr. XX S. 281 fg. (1844). Leist die Bonorum Possessio I S. 306 fg. 383 fg. II. 2 S. 163 fg. 257 fg. 290 fg. 340 fg. 465 fg. (1844. 1848). Strippelmann Entscheidungen ꝛc. VI S. 111—135 (1851). Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 I S. 375 fg. II S. 393 fg. (1870. 1873). Mayer § 134. 136. Vangerow II § 509. 510. Sintenis III. 193. Brinz 1. Aufl. § 164. 165. 2. Aufl. II § 507. Köppen Lehrb. S. 351 fg. Kipp in Festgabe für B. Windscheid, 1888, S. 67 fg. ✓ [[Ubbelohde die erbrlichen Interdicte (Glück Buch 43. 44. B. III) S. 1 fg. (1891).]]

§ 617. [1] In diesem Sinne ist in Deutschland von jeher das römische interdictum quorum bonorum verstanden worden; hierüber ist kein Streit. Vgl. Sf. II. 77,

1. Das Gesagte gilt nur für den körperlichen Nachlaß[2].

2. Wer Besitzer sei, bestimmt sich nach den gleichen Grundsätzen, wie bei der Erbschaftsklage (§ 614 Note 1)[3]. Geltendmachung eines Singulartitels bei eigenmächtiger Besitzergreifung ist aber in diesem Streite nicht zulässig[4]. Unter Bescheinigung ist hier zu verstehen, daß Thatsachen bewiesen werden oder sonst feststehen, welche die Erbberechtigung an und für sich begründen, während andere Thatsachen, welche, wenn sie wahr wären, die Erbberechtigung ausschließen würden, weder feststehen noch in schleuniger Weise bewiesen werden können[5].

III. 279, VII. 71, XXVIII. 39, XXIX. 151. Was das r. R. angeht, so steht es fest, daß das interdictum quorum bonorum nur demjenigen zustand, welcher bonorum possessio erlangt hatte. Ob es aber für diesen ein definitives oder ein bloß provisorisches Rmittel war, ist sehr bestritten; für die erstere Meinung namentlich Savigny, und nach ihm Fabricius; dagegen Thibaut, v. Löhr, Mayer, Vangerow, Leist, auch Francke Notherbenr. S. 97 fg. Ubbelohde Forts. von Glück, Bücher 43 u. 44, I S. 110 fg. Bei der Uebereinstimmung, welche über die heutige Anwendung des interdictum quorum bonorum herrscht, kann und muß dieser Streit hier auf sich beruhen bleiben. — Quellen für das R. des interdictum quorum bonorum: Gai. III, 34. IV, 144, § 3 I. 4, 15, Dig. 43, 2 Cod. 8, 2 quorum bonorum, s. auch l. 22 C. Th. 11, 36.

[2] L. 2 D. 43, 2, s. auch l. 3 C. 8, 2. Nach diesen Stellen bestimmt sich der Sinn des Ausdrucks „universitas bonorum" in l. 1 § 1 D. 43, 2. Sf. III. 280. A. M. vereinzelt Gerau S. 314 fg.

[3] L. 1 pr. D. 43, 2. — „quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides . . quod quidem dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas". Eigenthümlich war dem interdictum quorum bonorum, daß gegen dasselbe die usucapio pro herede nicht geltend gemacht werden konnte; in der vorher bezeichneten Lücke standen im Edicte die Worte: „possideresve si nihil usucaptum esset". [Seit einem SC. unter Hadrian konnte die usucapio pro herede auch bei der hereditatis petitio dem wahren Erben nicht mehr entgegen gesetzt werden. (Gai. II, 57).]

[4] L. 3 C. 8, 2. Vgl. § 614 [5]. Sf. XXXV. 141.

[5] Es genügt also nicht halber Beweis, sondern es wird der Gegenbeweis beschränkt; es gilt „Prima-Facie-Cognition" (Briegleb, s. unt.). A. M. Viele; es wird sich für diese Meinung ein festes Gewohnheitsr. nicht nachweisen lassen. Ist dieß aber nicht möglich, so darf verwiesen werden, auch abgesehen von dem Widerstrebenden der Idee eines processualischen Sieges auf bloße Wahrscheinlichkeit hin: a) auf l. 1 C. 8, 2: — „non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris"; b) darauf, daß jedenfalls bei der missio ex edicto D. Hadriani ([6]) die angegebene processualische Behandlung wirklich eintritt. Vgl. namentlich Briegleb summarische Processe S. 205—224; aber auch Leist die Bonorum Possessio S. 487 fg. Forts. von Glück II S. 450, Vangerow II § 509 Anm. 2 Nr. III, Gerau S. 332 fg., Brinz 2. Aufl. § 406 [3], Dernburg III § 159 [1]. [[Ubbelohde Interdicte II S. 491 fg.]]

3. Eine besondere Anwendung des hier gelehrten Rechtssatzes ist, daß auf Grund eines äußerlich fehlerfreien Testamentes Einweisung in den einstweiligen Besitz des Nachlasses verlangt werden kann[6].

[Dem BGB. nicht bekannt. S. jedoch CPO. 935 fg. über einstweilige Verfügungen und, da der Erbschaftsanspruch Geldanspruch sein und in jedem Falle in einen Geldanspruch übergehen kann, auch CPO. 916 fg. über Arrest.]

B. Einweisung des ungeborenen Erben*.

§ 618.

Im Namen des noch ungeborenen Erben kann seine Mutter verlangen, einstweilen in den Besitz der Erbschaft eingewiesen zu werden[1]. Ob das von der Frau zu gebärende Kind aus Testament oder aus Gesetz berufen ist, macht keinen Unterschied[2]; gehört das Kind aber nicht zu den Descendenten, so wird die Frau nur dann eingewiesen, wenn sie sich in anderer Weise ihren Unterhalt nicht zu beschaffen

---

[6] S. g. remedium ex l. ult. D. de edicto D. Hadriani tollendo. Dieser Satz tritt im r. R. unabhängig vom interdictum quorum bonorum auf. Hadrian hatte im Interesse der schnelleren Entrichtung der Erbschaftssteuer dem eingesetzten Erben die bezeichnete Befugniß für den Fall gegeben, daß er sich binnen eines Jahres melden würde. Vgl. Paul. sentent. III, 5 § 14—18. Diese Beschränkung hat Justinian gestrichen. L. 3 C. 6, 33. Specielle Literatur dieses Rmittels: v. Löhr ZS. für CR. u. Pr. VI S. 325 fg., Roßhirt testam. Erbr. II S. 73 fg., Bachofen Pfandr. I S. 365 fg., Leist die Bonorum Possessio II. 2 S. 196 fg. 290 fg. 465 fg. Fortſ. v. Glück II S. 437 fg., Strippelmann Entscheidungen ꝛc. VI S. 111 fg. Sf. II. 75. 76, III. 281—286, VI, 229, IX. 317, XII. 50, XIV. 103, XVII. 70, XXXII. 257. Vgl. XXII. 56, XXIX. 45 (Erbvertrag), XLI. 197, XLIV. 114. [[Vgl. Sf. XLVII. 207.]] [Riesebieter die provisorische Einweisung des testamentarischen Erben Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 104 fg. (1895).]

* Dig. 37, 9 de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. — Bachofen Pfandr. I S. 328—334. Leist die Bonorum Possessio II. 1 S. 90 fg. II. 2 S. 341 fg. Fortſ. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 1—66. Dernburg Pfandr. I § 305—306. Ubbelohde ACPra. LXI S. 11 fg. 39 fg. Sintenis III S. 575—576. Dernburg Pand. III § 159 zu [14] fg. Hellmann Festschr. für Planck S. 266. 268. [[Ubbelohde Interdicte III S. 280 fg.]] [gegen die heutige Anwendbarkeit des Instituts.]

§ 618. [1] Die gewöhnliche Ausdrucksweise der Quellen ist: venter in possessionem mittitur. Es heißt aber auch: mulier ventris nomine in possessionem mittitur, s. z. B. l. 1 § 14. l. 8 D. 37, 9. Andererseits: qui in utero est in possessionem mittitur, z. B. l. 2 § 11 D. 38, 17.

[2] L. 6 D. 37, 9. Die Lehre von der missio ventris wird in unseren Quellen im Anschluß an die Lehre von der bonorum possessio contra tabulas entwickelt (vgl. l. 1 pr. D 37, 9: „vice contra tabulas bonorum possessionis"); aber: „ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum", l. 10 D. 37, 9, l. 1 § 5 D. 38, 17. L. 7 D. 37, 9.

vermag[3]. Daß es bestritten oder zweifelhaft ist, ob die Frau ein erbberechtigtes Kind gebären wird, schließt ihre Einweisung nicht aus; nur dann wird sie nicht zugelassen, wenn sie offenbar gegen besseres Wissen auftritt[4]. Die Einweisung gibt der Frau in Betreff der Erbschaft nicht freie Hand; die Frau ist nur Verwalterin der Erbschaft, und sie muß Maßregeln der Fürsorge in gleicher Weise auch denjenigen, welche die nächsten Erben sein werden, wenn sie ein erbberechtigtes Kind nicht gebiert, sowie den Erbschaftsgläubigern, gestatten[5]. Regelmäßig aber wird auf Antrag der Frau die Erbschaft in die Hand eines Pflegers gegeben[6]. Aus der Erbschaft bekommt die Frau, und dieß ist der eigentliche Grund ihrer Einweisung[7], Unterhalt[8], und sie braucht das Genossene, wenn sie in gutem Glauben war, selbst dann nicht zu erstatten, wenn sie kein erbberechtigtes Kind gebiert[9]. Ist sie dagegen in bösem Glauben, so muß sie die empfangenen Alimente, wie alles andere Interesse, dem Erben ersetzen; jedoch verjährt der Anspruch darauf binnen eines Jahres tauglicher Zeit[10]. Eine besondere Vorschrift des römischen Rechts verpflichtet die Frau noch zur Erstattung alles aus der Erbschaft Verbrachten[11]; der Anspruch hierauf verjährt in gewöhnlicher Frist[12].

[Nach BGB. kann die Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Erbrechte einen Pfleger erhalten (1912), daneben kann ein Nachlaßpfleger gemäß § 1960 auf-

[3] L. 6 D. 37, 9, vgl. l. 5 pr. D. 37, 9. Der „extraneus" der l. 6 cit. ist Jeder, welcher nicht zu den liberi im Sinne des prätorischen Edicts gehört (vgl. l. 1 D. 37, 9), und die liberi im Sinne des prätorischen Edicts sind nicht unsere Descendenten (§ 577 [2]). Seitdem aber die sämmtlichen Descendenten sich in Betreff des Erbr. principiell gleichgestellt worden sind, müssen auch in Betreff der hier fraglichen Einweisung sämmtliche Descendenten behandelt werden, wie die prätorischen liberi.

[4] — „si manifesta calumnia videbitur eius", l. 1 § 14 D. 37, 9. L. 1 § 2. 3. 5. 9 eod.

[5] L. 1 § 17. 24. 25. D. 37, 9.

[6] L. 1 § 17. 18. 21. 23. D. 37, 9, l. 5 D. 37, 9. (Bachofen S. 333). Vgl. II § 447 [4].

[7] — „ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur", l. 6 D. 37, 9. L. 1 § 2. 15 eod.

[8] Zur Sorge für die Alimentirung der Frau kann ein besonderer Curator bestellt werden, der aber auch mit dem Erbschaftscurator eine und dieselbe Person sein darf. L. 1 § 17. 18. 19. 20. l. 3. 4. 5 pr. l. 9 D. 37, 9.

[9] L. 1 § 28. l. 3 D. 37, 9.

[10] Dig. 25, 6 si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. Glück XXVIII S. 340—358.

[11] Dig. 25, 5, si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

[12] L. 1 § 4 D. tit. cit. Glück XXVIII S. 340—358.

gestellt werden und zwar für die ganze Erbschaft, wenn das zu erwartende Kind Alleinerbe sein wird, sonst für dessen Theil (vgl. 1963 S. 2). Die Schwangere kann nicht Einweisung in den Nachlaß verlangen, wohl aber bis zur Entbindung standesmäßigen Unterhalt aus dem Nachlaß oder dem Erbtheil des Kindes. Dieß gilt aber, anders als im gemeinen Recht (zu [8]), immer — auch wenn das Kind Abkömmling des Erblassers ist — nur dann, wenn die Mutter außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten (1963). Kommt kein lebendes Kind zur Welt, so braucht die Frau auch nach BGB. das Genossene nicht zu erstatten (vgl. [9]). Wenn aber das Erbrecht des Kindes oder die Schwangerschaft mit Unrecht angenommen wurde, so haftet die Frau allerdings nach den Sätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, unter Beachtung des § 819.]

C. Einweisung nach dem Carbonianischen Edict*.

§ 619.

Diese Einweisung bezieht sich auf den Fall, wo einem Descendenten[1] sein Erbrecht auf Grund der Bestreitung seines Kindesverhältnisses[2] bestritten wird[3] und derselbe zugleich noch unterhalb des Alters der Geschlechtsreife ist[4]. In diesem Falle wird die Ent-

* Dig. 37, 10. Cod. 6, 17 de Carboniano edicto. — Bachofen Pfandr. I S. 334—361. Leist die Bonorum Possessio II. 1 S. 98 fg. II. 2 S. 341 fg. Forts. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 67—139. Ubbelohde ACPra. LXI S. 16 fg. 41 fg. Vangerow II § 512. Sintenis III § 194 B. Dernburg III § 159, 1, c. Hellmann Festschr. für Planck S. 266. 268.

§ 619. [1] Das prätorische Edict spricht auch hier nur von liberi; das Carbonianum edictum bildete eine Einheit mit dem Edict über die Verleihung der bonorum possessio contra tabulas. L. 1 pr. l. 3 pr. l. 4 D. 37, 10, l. 6 pr. eod. Aber auch hier (vgl. § 618 [8]) müssen den liberi die übrigen Descendenten gleichgestellt werden, seitdem die Descendenten als solche als erbberechtigt anerkannt worden sind. Vgl. Sintenis III § 194 [19] S. 578. A. M. Leist Forts. von Glück S. 138 (welcher in Betreff des § 618 [8] Gesagten zustimmt [S. 61]), weil das Institut sich aus dem praktischen Gesichtspunkte nicht empfehle. Vgl. in letzterer Beziehung auch Ubbelohde S. 41 fg.

[2] L. 1 pr. D. 37, 10: — si cui controversia fiat, an inter liberos sit". L. 1 § 4. l. 3 § 2. l. 4. l. 7 § 1 D. 37, 10. Vgl. l. 1 § 8. l. 3 § 6 D. 37, 10.

[3] Und zwar bloß auf Grund der Bestreitung seines Kindesverhältnisses; es muß, das Kindesverhältniß zugegeben, kein Streit mehr übrig sein. L. 1 pr. D. 37, 10: — „perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset". Daher wird nicht eingewiesen, wer auf Grund seines bestrittenen Kindesverhältnisses die querela inofficiosi testamenti erheben will, l. 20 D. 5, 2. — Daß der Descendent Intestaterbr. in Anspruch nehme, ist nicht unbedingt nothwendig; möglicherweise kann auch das testamentarische Erbr. von dem Kindesverhältniß abhangen, wenn nämlich Jemand in seiner Eigenschaft als Kind zum Erben eingesetzt worden ist. L. 1 § 8. l. 3 pr. § 2 D. 37, 10; s. andererseits l. 11 D. 37, 10.

[4] L. 1 pr. D. 37, 10: — „et impubes sit". L. 3 § 3 D. 37, 10.

scheidung über den Erbschaftsstreit ausgesetzt, bis der Descendent das bezeichnete Alter erreicht hat[5], er aber einstweilen in den Besitz der Erbschaft eingewiesen[6], wenn es nicht handgreiflich ist, daß er, oder wer für ihn die Erbschaft in Anspruch nimmt, gegen besseres Wissen handelt[7]. Mit dem Geschlechtsunreifen wird aber auch sein Gegner eingewiesen, wenn auch dieser zu den Descendenten gehört, oder der Geschlechtsunreife nicht Caution stellt[8]. Die Verwaltung hat der Geschlechtsunreife bez. sein Vormund, wenn er Caution stellt; wenn er dieß nicht thut, sein Gegner, wenn dieser es thut; sonst wird ein Pfleger für die Erbschaft ernannt[9]. Hat der Geschlechtsunreife Caution gestellt, so bekommt er aus der Erbschaft Alimente und Erziehungskosten; sonst nur im Nothfall[10]. Von der Cautionsleistung

---

[5] L. 1 pr. D. 37, 10: — „iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur". L. 1 § 11 D. 37, 10: — „cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur". Die causae cognitio bezieht sich darauf, ob nicht ausnahmsweise die sofortige Entscheidung des Erbschaftsstreites dem Geschlechtsunreifen günstiger ist, l. 3 § 5 D. 37, 10.

[6] L. 1 pr. D. 37, 10: — causa cognita . . possessio datur". Ueber diese causae cognitio s. die folgende Note. — Die von dem Prätor versprochene „possessio" ist eine wirkliche, wenn gleich nur interimistische (daher l. 3 § 13 D. 37, 10) bonorum possessio, und wird als solche in den Quellen ausdrücklich bezeichnet. L. 1 § 8. 9. 10. l. 3 § 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15. 16. l. 4. l. 7 § 4. 6. 8. l. 14. 15 D. 37, 10, l. 1 C. 6, 17. Diese bonorum possessio wird aber sofort durch Einweisung in den Besitz realisirt; daher sprechen die Quellen auch von missio in possessionem, so l. 3 § 13. l. 5 § 3. l. 6 § 6. l. 7 § 5 D. 37, 10. Vgl. Bachofen S. 337 fg. (Von Anderen wird eine neben der ertheilten bonorum possessio einhergehende missio in possessionem nicht angenommen, vgl. Ubbelohde S. 17 und Citate das., Leist Forts. von Glück S. 139). Außer der „Carboniana bonorum possessio" mußte aber, wer sich nicht auf civiles Erbr. berufen konnte, auch „ordinariam agnoscere", l. 3 § 15. 16. l. 4 D. 37, 10, und wenn er dieß nicht that, so rückte die ordinaria bonorum possessio in gewöhnlicher Weise weiter, l. 7 § 8 D. 37, 10, l. 1 § 4 D. 38, 6.

[7] L. 3 § 4 D. 37, 10. „Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem". S. auch l. 2 C. 6, 17. Vgl. Briegleb summarische Processe S. 248 fg. 424 fg. 427 fg.

[8] L. 1 § 1. l. 3 § 5. l. 5 pr. § 1 D. 37, 10, l. 1 C. 6, 17.

[9] L. 5 § 1. 2. 5. l. 15 D. 37, 10. S. auch l. 7 § 5 D. 37, 10.

[10] L. 5 § 3. l. 6 § 5 D. 37, 10.

hat er auch den Vortheil, daß er in dem künftig anzustellenden Proceß Beklagter ist[11].

[Dem BGB. nicht bekannt.]

D. Andere Fälle*.

§ 620.

1. Bereits oben (§ 596 Note 18. 19 Ziff. 3) ist bemerkt worden, daß der Vormund eines Wahnsinnigen für denselben nur provisorischen Besitz der Erbschaft erwerben kann, und daß die Erbschaft wieder herausgegeben werden muß nicht bloß dann, wenn der Wahnsinnige geistesgesund geworden sie ausschlägt, sondern auch dann, wenn er im Wahnsinn verstirbt[1]. Hier ist hinzuzufügen:

a) daß die Erbschaft herausgegeben werden muß denjenigen, welche die nächsten Erben zur Zeit des Todes des Wahnsinnigen sind[2];

b) daß den künftigen Erben keine Caution für die Herausgabe der Erbschaft geleistet zu werden braucht[3], und

c) daß der für die Person des Wahnsinnigen gemachte Aufwand, wenn derselbe kein anderes Vermögen hat, nicht erstattet zu werden braucht[4].

2. Ueber den provisorischen Besitzerwerb des bedingt Eingesetzten s. § 554 Note 3—6.

[Dem BGB. nicht bekannt.]

Erbschein.

Küger sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proc. IX S. 497 fg. 1899. Matthiaß II § 166; dort Note [2] weitere Literatur.

Das BGB., welches die provisorische Einweisung des Erben in den Besitz der Erbschaft nicht kennt, hat das deutsch-rechtliche Institut des Erbscheines aufgenommen, welches in ähnlicher Weise, wie die provisorische Besitzeinweisung zu

---

[11] L. 6 § 6 D. 37, 10.

* Vgl. außer den Citaten in § 596 [19, 2] noch Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 384 fg. Sintenis III § 183 [11].

§ 620. [1] L. 7 § 3. 7. 8 C. 5, 70. Vgl. auch die übrigen § 596 [18] citirten Stellen. — Ueber die besondere Ansicht Vangerow's in Betreff der Natur dieses provisorischen Erwerbes vgl. § 596 [19, 2]. Vangerow zieht aus dieser Ansicht die Consequenz, daß kein Anwachsungsr. zu Gunsten der Miterben des Wahnsinnigen eintrete, und daß es daher kein Zufall sei, wenn Justinian in l. 7 § 8 cit. die Miterben nicht nenne.

[2] L. 7 § 8 C. tit. cit.

[3] L. 7 § 8 C. tit. cit.

[4] L. 51 pr. D. 5, 3. Sf. XVII. 67. Sonnenschmidt Neue praktische Erörterungen (Berlin 1877) S. 221 fg.

wirken geeignet ist. Der Erbschein ist ein Zeugniß, welches das Nachlaßgericht auf Antrag und gehörige Nachweisungen (2354—2360) dem Erben über sein Erbrecht und, wenn er Theilerbe ist, über die Größe seines Erbtheils ausstellt (2353); Beschränkungen durch Nacherbfolge und Testamentsvollstreckerschaft werden angegeben (2363. 2364). Ergibt sich die Unrichtigkeit des ertheilten Scheines, so zieht ihn das Nachlaßgericht ein, und wenn er nicht sofort zu erlangen ist, so erklärt es ihn für kraftlos (2361) und zwar mittels eines keiner Beschwerde unterliegenden Beschlusses (Ges. üb. d. Angel. des freiw. Ger. § 84). Auch kann der wahre Erbe, der unerwähnt gebliebene Nacherbe oder Testamentsvollstrecker auf Auslieferung des Scheines an das Nachlaßgericht klagen (2362 Abs. 1. 2363 Abs. 2. 2364 Abs. 2).

Der Erbschein begründet die Vermuthung, daß das darin bescheinigte Erbrecht besteht und zwar ohne andere als die in dem Schein angeführten Beschränkungen (2365). Diese Vermuthung verschwindet nicht bloß mit der Auslieferung des Scheines an das Nachlaßgericht, sondern auch mit der Kraftloserklärung. Zu Gunsten Dritter, welche mit dem durch den Erbschein Legitimirten verhandeln, d. h. durch Rechtsgeschäft von ihm einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen, die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Recht erwerben, oder auf ein Erbschaftsrecht an ihn leisten, oder ein Rechtsgeschäft ihm gegenüber vornehmen (oder denen gegenüber es vorgenommen wird), welches eine Verfügung über das Recht enthält (z. B. eine Aufrechnung), steigert sich die Vermuthung des § 2365 zur Fiction, wenn sie nicht die Unrichtigkeit des Scheines kennen (Kennenmüssen genügt nicht), oder wissen, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat (2366. 2367). Ist der Erbschein wirklich an das Nachlaßgericht zurückgegeben oder für kraftlos erklärt, so können sich Dritte, welche nun verhandeln, auf die angegebene Vorschrift auch dann nicht berufen, wenn sie jene Thatsachen nicht kennen. Erfolgt eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten unentgeltlich, und ist sie nach § 2366 fg. wirksam, so haftet der Dritte nach § 816 Abs. 1 S. 2; erfolgt sie entgeltlich, so haftet der Erbschaftsbesitzer gemäß § 2019, weil das Entgelt Erbschaftsgegenstand wird. Derjenige, zu dessen Gunsten ein unrichtiger Erbschein ertheilt ist, ist ohne weitere Voraussetzungen dem wahren Erben zu Auskunft und Offenbarungseid gemäß § 2362 Abs. 2. 260 fg. verbunden.]

VI. Veräußerung der Erbschaft*.

§ 621.

Die Veräußerung der Erbschaft bewirkt keine Gesammtnachfolge. Der Erwerber erwirbt nicht die Erbschaft als solche, sondern tritt in die einzelnen zu derselben gehörigen Vermögensverhältnisse

* Dig. 18, 4 Cod. 4, 39 de hereditate vel actione vendita. — Glück XVI S. 309—378. Arndts RLex. IV S. 24—26. Keller Institutionen S. 325—330. L. Avenarius der Erbschaftskauf im r. R. Leipzig 1877. (Vgl. Lit. Centralblatt 1877 S. 1216). Sintenis III § 206. Unger § 49.

als einzelne ein[1]. Daher hat er das Eigenthum der Erbschaftssachen nicht vor der Tradition[2]; in Betreff der Erbschaftsforderungen ist er Cessionar[3]; aus den Schulden der Erbschaft haftet er nur nach den Regeln der Schuldübernahme[4]. Bloß wer eine Erbschaft vom Fiscus erworben hat, ist Gesammtnachfolger[5].

2. Was das Rechtsverhältniß zwischen dem veräußernden Erben und dem Erwerber angeht, so bestimmt sich dasselbe im Besonderen nach dem besonderen Inhalt des Veräußerungsgeschäftes[6]; im Allgemeinen aber sind die Parteien sich gegenseitig verpflichtet[7], eine der andern dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber Erbe geworden wäre[8]. Im Einzelnen muß der Veräußerer dem Erwerber die Erbschaftssachen tradiren[9], und ihn in den Stand setzen, die Erbschaftsansprüche zu verfolgen[10]; der Erwerber muß dem Veräußerer alle Erbschaftslasten

---

§ 621. [1] Unger Anm. [3]. — Doch ist in gewissem Sinne die hereditatis petitio gegen ihn zuläßig. S. § 614 [7].

[2] L. 6 C. 4, 39. „Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit“. L. 14 § 1 D. 18, 4, l. 4 C. 4, 39. [[Sf. XLVII. 120.]]

[3] Mandatum actionis : l. 2 § 8 D. 18, 4. Utilis actio: l. 5 C. 4, 39, l. 16 pr. D. 2, 14. Heutiges R. der Cession: II § 329. Besonderheit bei der Cession gerade durch Erbschaftsveräußerung: der alte Gläubiger ist sofort ausgeschlossen, l. ult. D. 2, 15 (II § 331 [12]).

[4] S. II § 338 und § 368 [4]. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXVIII S. 365. Die Annahme, daß schon in dem Erbschaftskaufe als solchem eine Uebernahme der Schulden auch den Gläubigern gegenüber liege (Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 263, Dernburg III § 168 a. E.) halte ich für zu kühn. — R. R.: l. 2 C. 4, 39; dazu aber auch l. 2 C. 2, 3 (II § 338 [2 a. E.]). — Was von den Erbschaftsschulden, gilt auch von den Vermächtnissen, l. 2 C. 6, 37.

[5] L. 1 C. 4, 39, l. 41 D. 49, 14. Vgl. Arndts ZS. f. CR. u. Pr. XIX S. 1 fg. (RLex. S. 25—26), gegen Kämmerer das. XI S. 346 fg.

[6] Ob es Kauf, Schenkung, Leistung an Erfüllungsstatt ꝛc. ist. Von der Schenkung einer Erbschaft ist die Rede in l. 28 D. 39, 5.

[7] Aus der Veräußerung als solcher. Freilich nicht nach r. R.

[8] L. 9 D. 8, 4: — „id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse . .“ . L. 2 § 18 D. 18, 4: — „aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere . .“. L. 2 pr. D. 18, 4.: — „cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset . .“. — Die Parteien müssen sich gewähren, was der Erwerber haben würde, wenn er Erbe geworden wäre; im Zweifel haben die Parteien unter Erbschaft die Erbschaft verstanden, wie sie an den Veräußerer gelangt ist. L. 2 § 1 D. 18, 4.

[9] L. 14 § 1 D. 18, 4, l. 4 C. 4, 39.

[10] Eine besondere Cession ist zwar zu diesem Ende nicht nothwendig ([3]), wohl aber die Gewährung der nöthigen Beweismittel (II § 336 [1]). S. noch l. 2 § 8 D. 18, 4.

abnehmen bez. ihm das zur Abtragung von Erbschaftslasten Aufgewendete ersetzen[11]. Rechte und Verpflichtungen, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden, welche aber durch dessen Erbewerden zu Grunde gegangen sind, müssen zu seinen Gunsten und seinen Lasten wiederhergestellt, fällige Forderungen dieser Art müssen sogleich befriedigt werden[12]. Was der Erbe aus der Erbschaft in gutem Glauben gegen Entgelt veräußert hat, braucht er nur in dem dafür erhaltenen Ersatz herauszugeben[13]; statt des unentgeltlich Veräußerten muß er dessen Werth leisten[14]. Auch für sonstige absichtlich herbeigeführte Erbschaftsminderungen muß er Werthersatz geben[15], und selbst für solche, die ihren Grund in einer groben Nachlässigkeit von seiner Seite hatten[16]. Andererseits muß er auch den Zuwachs der Erbschaft mit herausgeben[17]. Wegen Entwerthung einzelner Erbschaftssachen haftet er nicht, wenn er in dieser Beziehung keine Garantie übernommen hat[18]; wohl aber steht er ein für den Bestand des Erbrechts, auf dessen Grund er veräußert hat[19].

---

[11] L. 2 § 9 D. 18, 4. „Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere". L. 2 § 20 D. 18, 4. Im Einzelnen gehören hierher namentlich Erbschaftsschulden und Vermächtnisse. L. 2 § 8. 7 i. f. l. 24 D. 18, 4, l. 28 D. 39, 5; l. 2 C. 4, 39, l. 2 C. 6, 37. S. ferner l. 2 § 11 D. 18, 4 (der Erbe hat seinerseits etwas für den Erwerb der Erbschaft gegeben); l. 2 § 16 eod. (öffentliche Abgaben); l. 2 § 17 eod. (Begräbnißkosten). Vgl. noch l. 2 § 10. 12. 13. 14. l. 18 D. 18, 4.

[12] L. 2 § 6. 15. 18. 19. D. 18, 4, l. 20 eod., l. 9 D. 8, 4.

[13] L. 2 § 3. l. 21 D. 18, 4, l. 2 § 10 i. f. eod. — Man halte fest, daß hier nur von solchen Veräußerungen von Erbschaftssachen die Rede ist, welche vor der Veräußerung der Erbschaft gemacht worden sind. Nach der Veräußerung der Erbschaft ist die Verantwortlichkeit des Veräußerers nach dem Inhalt des Veräußerungsgeschäftes zu bemessen. Es ist aber in dieser Beziehung noch zu bemerken, daß der Veräußerer das für die veräußerte Erbschaftssache Erlangte unter allen Umständen herausgeben muß, selbst wenn ihn wegen der Erbschaftssache selbst eine Verantwortlichkeit nicht trifft; es ist an Stelle der veräußerten Sache getreten und statt dieser Erbschaft geworden. Dieß sagt ebenfalls die citirte l. 21 D. 18, 4, welche nach einer andern nicht hierher gehörigen Seite bereits oben II § 327 [12] in Betracht gezogen worden ist.

[14] L. 2 § 3 D. 18, 4: — „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit". Eben aber weil dieser Satz auf die natürliche Billigkeit (bona fides) gestützt wird, darf er auf den Fall der Erbschaftsschenkung nicht erstreckt werden.

[15] L. 2 § 5 D. 18, 4.

[16] L. 2 § 5 cit. S. noch l. 2 § 7 D. 18, 4; andererseits l. 2 § 5 i. f. l. 3 eod. Vgl. Unger a. a. O. Anm. [13].

[17] L. 2 § 8. l. 25 D. 18, 4. Auch den anwachsenden Erbtheil? S. darüber § 603 [14].

[18] Welche auch in der Veräußerung auf Grund eines errichteten Inventars liegt.

[Das BGB. behandelt zunächst den Verkauf der angefallenen Erbschaft (2371 fg.), wendet die gegebenen Vorschriften aber auf den Verkauf der durch Vertrag erworbenen Erbschaft und auf jeden anderen entgeltlichen wie unentgeltlichen Vertrag über Veräußerung der Erbschaft an (2385 Abs. 1), auf den Fall der Schenkung jedoch mit gewissen Modificationen (2385 Abs. 2). Auch auf die Veräußerung eines Erbtheils sind die Vorschriften anwendbar (1922 Abs. 2), hier jedoch nur mit den Maßgaben, die aus §§ 2033 fg. sich ergeben. Wir sprechen im Folgenden vom Kauf im Sinne jeder Veräußerung und bemerken gegebenen Orts die Abweichungen, welche für den Fall der Schenkung zu beachten sind.

1. Der Verkauf bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (2371). Die dingliche Uebereignung der Erbschaft als eines Ganzen ist nicht möglich; es sind in Ansehung der einzelnen Gegenstände die diesen eigenthümlichen Uebertragungsacte vorzunehmen (vgl. zu [1. 2. 3]). Wird dagegen der Erbtheil eines Miterben verkauft, so kann derselbe durch einen Act und zwar durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag übertragen werden (2033 Abs. 1 S. 2). Dieß hat man anerkannt, weil der Miterbe über seinen Antheil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen nicht verfügen kann (2033 Abs. 2), weil also, wenn er überhaupt seinen Erbtheil soll veräußern können, nichts anderes als die Uebertragung desselben im Ganzen übrig bleibt. (Prot. der II. Comm. S. 8062 fg.). Allerdings führt Wendt ACPra. LXXXIX S. 420 fg. (1899) aus, daß das Gesetz in Wahrheit eine solche dingliche Uebertragung des Miterbenantheils nicht kenne, sondern nur eine Abtretung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Miterben bei der Theilung des Nachlasses zufallen werde. Allein dem steht nicht nur die Willensmeinung der Verfasser des Gesetzes entgegen, welche man freilich nicht für ausschlaggebend zu halten braucht, sondern auch die deutliche Gestaltung des Verhältnisses durch die Vorschriften des Gesetzes selbst. Wenn nicht der Käufer durch den Uebertragungsvertrag die Stellung eines Miterben erhielte, so wäre eine Verantwortung desselben aus §§ 1978—1980, wie sie in § 2036 S. 2 vorausgesetzt wird, gar nicht möglich.

2. Der Verkauf erstreckt sich im Zweifel nur auf die zur Zeit seines Abschlusses bereits angefallenen Erbtheile, auch nicht auf ein Vorausvermächtniß, auf Familienpapiere, Familienbilder (2373), wohl aber auf die Vortheile aus Wegfall eines dem Veräußerer auferlegten Vermächtnisses oder einer solchen Auflage und auf den Vortheil aus der Ausgleichungspflicht von Miterben (2372).

3. Der Verkäufer der ganzen Erbschaft ist verpflichtet (2374), dem Erwerber die zur Zeit des Verkaufes vorhandenen Erbschaftsgegenstände herauszugeben, d. h. nach Recht und Besitz zu übertragen. Dasselbe gilt von dem, was bis zum Abschluß des Kaufes durch Surrogation Erbschaftsgegenstand geworden ist. Die Surrogation ist hier aber (anders als im Falle des § 2019) nicht auf Alles erstreckt, was mit Mitteln der Erbschaft erworben ist, sondern beschränkt sich in Ansehung des rechtsgeschäftlichen Erwerbs auf dasjenige, was durch ein Rechtsgeschäft erworben ist, das sich auf den Nachlaß bezieht; auch ist die Surrogation keine dingliche, weil der Käufer überhaupt

[19] L. 2 pr. l. 7—9. l. 13. l. 14 § 1. l. 15. 16 D. 18, 4, l. 1 C. 8, 44 [45]; vgl. l. 10—13 D. 18, 4.

kein dingliches Recht am ganzen Nachlaß erwirbt. Aus entsprechendem Grunde müßte hier, anders als im § 2019, dasjenige mitgenannt werden, was der Verkäufer vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erlangt hat; denn es kann keine Rede davon sein, daß diese Dinge von selbst an den Käufer fallen. Der Verkäufer, nicht der Schenker (2385 Abs. 2 S. 1), muß, wenn er vor dem Verkauf einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet, dem Käufer den Werth resp. die Werthminderung ersetzen, es wäre denn, daß der Käufer jene Thatsachen beim Abschluß des Kaufes kennt (2375 Abs. 1). Bei entgeltlicher Veräußerung oder Belastung muß der Verkäufer, auch wenn der Käufer sie kennt, das erlangte Entgelt herausgeben (2374). Im Uebrigen kann der Käufer wegen Handlungen oder Unterlassungen des Verkäufers vor dem Verkauf oder wegen vorher eingetretener Zufälligkeiten keinen Ersatz verlangen (2375 Abs. 2), auch aus Mängeln der zur Erbschaft gehörenden Sachen keine Rechte herleiten (2376 Abs. 2); vom Verkaufe ab haftet der Verkäufer natürlich für jedes Verschulden.

Für Rechtsmängel in Betreff einzelner Erbschaftsgegenstände haftet der Verkäufer nicht, sondern nur für sein völlig freies und unbelastetes Erbrecht und dafür, daß keinem Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkte Haftung eingetreten ist (2376). Wenn der Käufer die Mängel oder Lasten bei Abschluß des Kaufes kennt, so wird dafür nach § 439 nicht gehaftet. Der Schenker haftet auch für die in § 2376 genannten Rechtsmängel an sich nicht; er haftet nur, wenn er einen derselben arglistig verschweigt, auf das (negative) Interesse (2385 Abs. 2 S. 2). Confusionen, die in Folge des Erbfalls eingetreten sind, gelten im Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer als nicht geschehen, anders Dritten gegenüber (2377); so muß es sein, weil die Erbschaft nicht dinglich dem Käufer anfällt. „Erforderlichen Falles" ist das untergegangene Rechtsverhältniß wieder herzustellen (2377 S. 2). Es kann nämlich sein, daß statt dessen eine andere Leistung zu machen, z. B. ein fälliger Schuldbetrag zu zahlen ist. Es kann auch sein, daß das Rechtsverhältniß, abgesehen von der Confusion inzwischen anderweit untergegangen sein würde; dann hat es bei dem Untergang sein Bewenden.

4. Betrifft der Verkauf einen Erbtheil, so ist der Verkäufer verpflichtet, den Uebereignungsvertrag des § 2033 Abs. 1 S. 2 mit dem Käufer abzuschließen und demselben den dementsprechenden Mitbesitz der Erbschaft einzuräumen. Der Käufer tritt mit dinglicher Wirkung an die Stelle des Verkäufers als Miterbe ein, also auch in die Surrogate von Erbschaftsgegenständen (2041, vgl. 2374). Hat der Verkäufer vor dem Verkauf einen Erbschaftsgegenstand verbraucht (2375), so schuldet er Ersatz zur Erbengemeinschaft, und auch mit Rücksicht auf diesen Anspruch ist der Käufer durch den Uebereignungsvertrag an Miterbenstatt eingetreten. Unentgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Erbschaftsgegenstandes (2375) kann der verkaufende Miterbe allein nicht vornehmen (2040 Abs. 1). Erwirbt sein Mitcontrahent das Eigenthum oder das sonstige Recht wegen seines guten Glaubens, so haftet derselbe gemäß § 816 auf Herausgabe an die Erbengemeinschaft. Dieß kommt dem Käufer als nunmehrigem Miterben zu Gute. Sofern aber der Beschenkte zahlungsunfähig ist oder wegen Fortfalls seiner Bereicherung nicht mehr haftet, kann unzweifelhaft der Käufer vom Verkäufer Ersatz

nach § 2375 verlangen, natürlich nur pro rata des gekauften Erbtheils. Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn etwas mit Willen aller Erben verbraucht oder unentgeltlich belastet oder veräußert ist. Confusionen treten, wenn ein Miterbe dem Nachlaß gegenüber berechtigt oder verpflichtet ist, überhaupt nicht ein, weil sie nur zu dessen Erbtheil eintreten könnten, dieß aber dem Princip des Gesammthändervermögens widerspricht.

5. Gefahr, Nutzungen und Lasten gehen auf den Käufer schon mit Abschluß des Kaufes über (2380; vgl. 2379 S. 1. 2); die Erbschaftssteuer und die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwerth gelegt anzusehen sind, trägt der Käufer, auch wenn sie vor dem Kauf zu entrichten sind (2379 S. 3).

6. Verwendungen, die der Verkäufer auf die Erbschaft nach dem Kaufe macht, folgen den Sätzen des § 450; frühere hat der Käufer zu ersetzen, wenn sie nothwendig waren, anderen Falls nur so weit, als sie die Erbschaft zur Zeit des Kaufes bereichern (2381).

7. Die Nachlaßverbindlichkeiten hat im Verhältniß zum Verkäufer der Käufer zu erfüllen, und was der Verkäufer vor dem Kauf zu ihrer Berichtigung aufgewandt hat, muß der Käufer ersetzen (2378). Das erstere gilt nicht, soweit umgekehrt der Verkäufer dafür einsteht, daß die Verbindlichkeiten nicht bestehen (2378 Abs. 1), also nicht für Vermächtnisse, Auflagen, Pflichttheile, die der Käufer nicht kannte (2376. 439). Da aber der Verkäufer auch dafür einsteht, daß keine unbeschränkte Haftung eingetreten ist (2376), so kann er von dem Käufer die Berichtigung der Schulden nur in Höhe des Nachlasses verlangen. Endlich haftet der Verkäufer auch dafür, daß keine Ausgleichungspflichten bestehen. In Betreff solcher kann der Käufer aber nie in die Lage kommen, sie erfüllen zu müssen, sondern er kann nur ihrethalb weniger bekommen; für den Ausfall haftet der Verkäufer. In Betreff des Ersatzes desjenigen, was der Verkäufer vor dem Kaufe auf Nachlaßverbindlichkeiten entrichtet hat, macht das Gesetz nicht die Einschränkung, daß der Ersatz nur stattfindet, wenn nicht der Verkäufer für die Abwesenheit der Verbindlichkeit haftet. Gleichwohl muß diese Einschränkung angenommen werden. Wenn der Verkäufer von einem entrichteten Pflichttheil nichts sagt, so kann unzweifelhaft der Käufer nicht ersatzpflichtig sein. Sagt er dagegen, daß er einen Pflichttheil entrichtet hat, so wird dieß im Zweifel nicht bedeuten, daß der Käufer das Entrichtete ersetzen soll, sondern nur, daß er von dem Pflichttheil ebensowenig etwas zu befahren hat, als sei derselbe nie zu entrichten gewesen. Außerdem bedarf die Ersatzpflicht des Käufers noch einer andern Schranke. Wenn die übrigen Gläubiger die Entrichtung einer Verbindlichkeit nicht als für Rechnung des Nachlasses geschehen gelten lassen müssen (1979. 1991), der Käufer also ihnen gegenüber sich auf die Zahlung nicht berufen kann, so wird er dem Verkäufer nicht ersatzpflichtig sein.

Im Verhältniß zu den Nachlaßgläubigern haftet der Käufer als Gesammtschuldner neben dem Verkäufer und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er dem Verkäufer zur Erfüllung verpflichtet ist oder nicht (2382 Abs. 1). Die Haftung des Käufers kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (2382 Abs. 2); wohl aber kann vereinbart werden, daß der Käufer als Schuldübernehmer an Stelle des Verkäufers eintritt, was dann freilich der Genehmigung der Gläubiger bedarf (415). Für die Haftung des Käufers sind die Sätze über die Haftung des Erben maßgebend. Beschränkt sich die Haftung auf den Nachlaß, so gelten die Ansprüche

des Käufers aus dem Kauf als zum Nachlaß gehörig. Haftet der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt, so gilt dasselbe zu Lasten des Käufers. Eben deßhalb haftet der Verkäufer dem Käufer dafür, daß unbeschränkte Haftung nicht eingetreten ist (2376 Abs. 1 a. E.). Die Inventarerrichtung durch den einen Theil hilft dem andern, wenn nicht dieser zuvor unbeschränkt haftbar geworden war (2383). S. noch KO. 232. 233. Anzeigepflicht: 2384.

8. Wenn ein Miterbe seinen Erbtheil verkauft und zwar an einen Dritten d. h. nicht an einen Miterben, so haben die Miterben ein Vorkaufsrecht (2034), damit ihnen nicht wider ihren Willen ein anderer Gemeinschafter aufgedrungen werden kann. Das Vorkaufsrecht ist entgegen der allgemeinen Regel des § 514 vererblich (2034 Abs. 2 S. 2). Die Ausübungsfrist beträgt, wie bei Grundstücken (510 Abs. 2), zwei Monate (2034 Abs. 2 S. 1). Weil meistens das obligatorische Verkaufsgeschäft mit der dinglichen Uebereignung des Erbtheils verbunden werde, so hat man ein bloß obligatorisches Vorkaufsrecht für nicht genügend angesehen, vielmehr eine Art von dinglichem Vorkauf bestimmt (Prot. der II. Comm. S. 8065 fg.) und zwar in der Weise, daß die Miterben, wenn der Verkäufer seinen Antheil dem Käufer übertragen hat, das Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben können (2035 Abs. 1 S. 1). Durch die Ausübungserklärung erwerben aber die Miterben nicht von selbst den verkauften Antheil, sondern nur das Recht darauf, daß der Käufer ihnen denselben gemäß § 2033 Abs. 1 S. 2 überträgt (vgl. 505 Abs. 2). Bei dieser Regelung konnte ohne Schaden für die Miterben gesagt werden, daß das Vorkaufsrecht dem Verkäufer gegenüber erlischt, sobald er seinen Erbtheil dem Käufer übertragen hat (2035 Abs. 1 S. 2). Wegen der Bedeutung der dinglichen Uebertragung für das Vorkaufsrecht verlangt § 2035 Abs. 2 von dem Verkäufer unverzügliche Mittheilung von der geschehenen Uebertragung an die Miterben. Diese Pflicht steht selbständig neben der auf den Kaufabschluß bezüglichen in § 510.

Für die Nachlaßverbindlichkeiten haften Käufer und Verkäufer gemäß § 2387 fg. nebeneinander. Wenn aber in Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts der Erbtheil auf die Miterben übertragen ist, so wird der Käufer befreit. Jetzt haften nur noch die Miterben, einschließlich dessen, der verkauft hat; denn dieser wird nicht frei. Der Käufer fährt fort zu haften, soweit er den Gläubigern gemäß §§ 1978—1980 verantwortlich ist. Eine solche Verantwortlichkeit kann nie bestehen, wenn der Erbtheil auf den Käufer nicht übertragen worden war. War aber das geschehen, so hat der Käufer bis zur Uebertragung des Antheils auf die Verkäufer die Stellung eines Miterben gehabt und ist aus seinen Handlungen und Unterlassungen gemäß § 1978 bis 1980, vgl. 1991 Abs. 1, den Gläubigern gegenüber berechtigt und verpflichtet geworden. Seine Verpflichtungen sollen fortbestehen, aber in entsprechender Anwendung der §§ 1990. 1991, d. h. er soll nur verpflichtet sein, den Gläubigern zur Verfügung zu stellen, was er vom Nachlaß noch hat. Er hat aber nach der Uebertragung des Erbtheils auf die Miterben nichts mehr außer den Beträgen, die er selbst nach § 1978 fg. zum Nachlaß schuldet. Ist Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßconcurs eröffnet, so zieht der Verwalter diese Beträge ein. Wenn aber Nachlaßverwaltung nicht angeordnet und Nachlaßconcurs nicht eröffnet ist, kann der Käufer, was er schuldet, zur Befriedigung jedes Gläubigers verwenden, der sich meldet ohne Rück-

sicht auf später kommende, vorbehältlich der Vorschrift des § 1991 Abs. 4, und er kann daher auch, wenn er Gegenansprüche hat, wegen dieser sich selbst vorweg befriedigen. S. Planck-Ritgen zu § 2036.

Die Weiterübertragung des durch Vertrag erworbenen Erbtheils erfolgt ebenfalls gemäß § 2033 Abs. 1 S. 2. Wenn der Käufer den gekauften Antheil auf einen Dritten überträgt, so können die Miterben das durch den ersten Verkauf begründete Vorkaufsrecht, dafern es noch besteht, auch gegenüber dem neuen Erwerber ausüben, während es dem Käufer gegenüber erlischt. Für die Erbschaftsschulden haften an und für sich der veräußernde Miterbe, der erste und der zweite Erwerber nebeneinander (f. 2385); sobald aber der Antheil in Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts auf die Miterben übertragen ist, werden der Käufer und der Dritte frei, vorbehaltlich der Bestimmung des § 2036 S. 2 (2037).

S. noch Wertheimer der Erbschaftskauf nach dem BGB. Erl. Diss. 1898.]

Anhang. Rechtliche Stellung des Fiscus, an den eine erblose Erbschaft gelangt*.

§ 622.

Der Fiscus, an den eine erblose Erbschaft fällt, ist, wenn auch nicht Erbe, doch an Erbesstatt[1], und es steht ihm daher der Erbschaftsanspruch und die Erbschaftsklage zu[2]. Doch trägt er die Schulden nur bis zum Belange des activen Vermögens[3]. Die Vermächtnisse muß er, soweit die Erbschaft reicht, nicht bloß dann entrichten,

---

* Glück Intestaterbfolge S. 766 fg. (2. Aufl. 1822). Roßhirt Einleitung in das Erbr. S. 218 fg. (1831). Blume Rhein. Mus. IV S. 212 fg. (1833). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 4 (1833). Elvers praktische Arbeiten Nr. 2 (1836). C. A. Schmidt de successionibus in bona vacantia ex iure Romano (akademische Preisschrift, 1836). v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. X S. 89 fg. (1837). Kr. Jahrb. f. deutsche RW. I S. 309 fg. (1837). Schneider das Anwachsungsr. bei Legaten S. 154 fg. (1837). v. Rummel das Verhältniß des Fiskus zu den bona vacantia (1840). Heimbach RLex. III S. 942 fg. (1841). Keller Institutionen S. 275 fg. Vangerow § 564. Brinz 1. Aufl. S. 972. 973. 2. Aufl. III S. 450. Unger § 90. Köppen Lehrb. § 65.

§ 622. [1] Dieß ist die herrschende Meinung. Ihr gegenüber ist von Blume und Elvers eine ältere Meinung vertheidigt worden, wonach der Fiskus nicht sowohl an Erbesstatt, als vielmehr nur Occupant herrenloser Güter sein soll. Eine (wie immer treffliche) Uebersicht der Gründe und Gegengründe bei Vangerow a. a. O. — Eine Consequenz der hier vertretenen Ansicht ist, daß, wenn gleich das erblose Vermögen in verschiedenen Territorien liegt, doch an den Fiscus des Domicils das Ganze fällt.

[2] L. 20 § 7 D. 5, 3.

[3] L. 1 § 1. l. 11 D. 49, 14. Dieser Meinung sind nicht bloß, was sich von selbst versteht, die Anhänger der Occupationstheorie, sondern auch unter den Gegnern derselben z. B. Roßhirt, Schneider, Rummel, Keller, ebenso Pernice Labeo I S. 348. 349, Danz Gesch. des r. R. II S. 170 (2. Aufl.),

wenn der Erblasser dieß ausdrücklich angeordnet hat[4], sondern auch ohne eine solche Anordnung[5]. Nach vier Jahren kann der Fiscus sein Recht nicht mehr geltend machen[6]. Veräußert er die Erbschaft, so tritt er aus allem Verhältniß zu derselben heraus, und haftet namentlich auch den Erbschaftsgläubigern nicht mehr[7].

Eine gleiche rechtliche Stellung, wie der Fiscus, nehmen auch die Corporationen ein, welche ihm vorgehen[8].

[Nach BGB. ist der Fiskus echter Erbe (1936). Feststellungsverfahren s. 1964—1966.]

Fünftes Kapitel.

Das Vermächtniß*.

Einleitung.

§ 623.

Der Begriff des Vermächtnisses ist im Allgemeinen bereits § 533 angegeben worden. Genau läßt sich der Begriff des Vermächtnisses

---

Birkmeyer über das Vermögen im juristischen Sinne S. 239 fg. (eigenthümlich); dawider Glück, Buchholtz, Schmidt, Schröter, Vangerow, Brinz, Arndts (Pand. § 608). Mir scheint es, daß die einfachere und natürliche Erklärung der oben citirten Stellen doch zu der hier vertretenen Ansicht führt. Uebrigens ist der Streit sehr wenig praktisch; denn es wird kaum vorkommen, daß der Fiskus nicht über das erblose Vermögen ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet (vgl. l. 3. 5 C. 10, 10), und wenn er dieß nicht thut, so wird er auch nach der hier vertretenen Ansicht zur Zahlung sämmtlicher Schulden deßwegen für verpflichtet erklärt werden dürfen, weil er den Gläubigern den Beweis des Bestandes der Erbschaft unmöglich gemacht hat. Für die hier vertheidigte Meinung hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen, Entscheid. VII S. 152.

4 L. 114 § 2 D. 30.

5 L. 96 § 1 D. 30, l. 2 § 1 D. 34, 1, l. 14 D. 49, 14. Diesen sehr allgemein redenden Stellen gegenüber (vgl. auch § 1 I. 3, 11, l. 4 § 17 D. 40, 5) ist es Willkür, die in einem Testamente hinterlassenen Vermächtnisse für den Fall auszunehmen, daß dem Testament die Codicillarclausel fehlt. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. III und die daselbst Citirten.

6 L. 1 C. 7, 37.

7 L. 1 C. 4, 39, l. 41 D. 49, 14, l. 54 pr. D. 5, 3. Vgl. § 614 [16], § 621 [5].

8 S. § 570 [6. 7].

* Die Lehre von den Vermächtnissen steht in den Institutionen II, 20—24, in den Pandekten XXX—XXXVI, im Codex VI, 37—54. Dazu kommen die von Codicillen handelnden Titel: Inst. II, 25, Dig. XXIX, 7, Cod. 6, 36. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die leider unvollendet gebliebene Darstellung von Arndts in der Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar, in dieser Fortsetzung Bd. 46. 47. 48 Abth. 1. 2 (1868—1878). Eine kürzere Darstellung hat Arndts bereits im Jahre 1845 in Weiske's Rlexikon VI S. 279—344 gegeben. Im Folgenden geht das Citat Arndts ohne weiteren

nur in negativer Weise bestimmen[1]: das Vermächtniß ist eine Zuwendung von Todeswegen, welche weder Erbeseinsetzung noch Schenkung von Todeswegen ist. Dem Vermächtniß steht immer eine Erbschaft, das Vermögen des Erblassers als Ganzes, gegenüber, und es enthält, wenn es dem Erben auferlegt ist, regelmäßig eine Minderung der Erbschaft[2]. Das Vermächtniß braucht aber nicht nothwendigerweise dem Erben auferlegt zu werden[3], und kann, wenn es dem Erben auferlegt wird, nicht bloß etwas Einzelnes aus der Erbschaft, sondern auch die Erbschaft als solche zum Gegenstand haben[4]. Daß das Vermächtniß eine Liberalität gegen den Vermächtnißnehmer enthalte, ist das Regelmäßige, gehört aber nicht zu seinem Wesen[5].

Zusatz auf die zuerst genannte Darstellung. Diese Darstellung wird jetzt fortgeführt von Salkowski. Erschienen ist 1889 Bd. 49, enthaltend die Lehre von der Vermächtnißforderung und den Vermächtnißklagen. [[Dazu Hellmann kr. VJS. XXXIV S. 82 fg.]] — Gleichfalls unvollendet ist die Schrift von M. S. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen, 1. Abtheil. 1854. — S. ferner: Westphal hermeneutisch-systematische Darstellung der Re von Legaten und Fideicommissen. 2 Bde. 1791. Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach r. R. 2 Thle. 1835. — Die Schrift von Vering (§ 527*) behandelt die Lehre von den Vermächtnissen im Cap. XXI (S. 668—816), das Lehrbuch von Tewes (a. a. O.) II S. 218—397. — Endlich ist sogleich hier zu nennen die Schrift von Fein, das R. der Codicille, welche in der Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar den 44. und 45. Band bildet, erschienen 1851. 1853. — C. Ferrini Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all' attuale giurisprudenza. Milano 1889. (Juristisches CBl. 1890 S. 90.)

§ 623. [1] Vgl. zu dem hier Gesagten Brinz 1. Aufl. S. 866 fg. 2. Aufl. III § 412, Arndts XLVI S. 80 fg., Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse nach r. R. (1872), Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb., Excurse II S. 316 fg.

[2] L. 116 pr. D. 30. „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit". Regelmäßig, nicht nothwendig: vgl. l. 84 § 6 D. 30 und das debitum legatum (§ 658). Hartmann a. a. O. S. 10.

[3] S. § 626 Ziff. 1.

[4] S. § 662 fg.

[5] Zwar nennen die Quellen das legatum eine donatio testamento oder a defuncto relicta (l. 36 D. 31, § 1 I. 2, 20, vgl. § 365 [1]), aber s. z. B. l. 4 D. 7, 4, l. 9 pr. D. 7, 9, l. 29 D. 33, 2, l. 20 § 1 D. 38, 2, l. 7. 48 D. 40, 5. Windscheid Voraussetzung S. 126, Hartmann a. a. O. S. 11 fg. 25 fg. Es ist der hauptsächliche Inhalt der citirten Schrift von Hartmann, hervorzuheben, daß das Vermächtniß eine „Rform" sei, mit welcher jeder Zweck erreicht werden könne, „der mit der allgemeinen Function und Bestimmung des letzten Willens im Einklange ist". Vgl. hierzu Karlowa Rgeschäft S. 277 fg., Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 324 fg. Die letzt-

[Das Vermächtniß des BGB. ist die letztwillig oder durch Erbvertrag erfolgte Zuwendung eines Vermögensvortheils ohne Erbeseinsetzung (1939. 1941). Die Schenkung von Todeswegen ist aus dem Vermächtnißbegriff nach dem BGB. nicht auszuschließen, da sie vielmehr, wenn nicht durch Leistung unter Lebenden vollzogen, ihrerseits als Vertragsvermächtniß behandelt wird, sie beträfe denn das ganze Vermögen; letzteren Falls ist sie Erbeinsetzungsvertrag. Ist sie durch Leistung unter Lebenden vollzogen, so ist sie Schenkung unter Lebenden (2301).]

Das Vermächtniß hat sich im römischen Recht in zwei verschiedenen Formen entwickelt, in den Formen des legatum und des fideicommissum[6]. Das legatum ist das Vermächtniß des Civilrechts, das fideicommissum verdankt seine Entstehung dem außerordentlichen Eingreifen der kaiserlichen Machtvollkommenheit seit August. Der dem fideicommissum ursprünglich zu Grunde liegende Gedanke ist, daß es nicht sowohl ein Recht gewähre, als eine sittliche Pflicht auferlege[7]. Aber die Erfüllung dieser Pflicht wurde erzwungen, zuerst in einzelnen Fällen, später regelmäßig[8], obgleich das Fideicommißverfahren, so lange der ordo iudiciorum privatorum bestanden hat, ein außerordentliches geblieben ist. Als nicht auf dem Rechtsboden stehend unterlag das Fideicommiß ursprünglich keiner der für das Legat geltenden Rechtsregeln; je mehr es aber als Rechtsinstitut erstarkte, in desto größerem Umfange sind diese Rechtsregeln auf dasselbe erstreckt worden. Doch ist der Unterschied zwischen Legat und Fideicommiß vor Justinian nie ganz ausgeglichen worden[9]; erst Justinian hat ihn vollständig beseitigt, und

genannten Schriftsteller lehren (S. 325), das Vermächtniß enthalte zwar keine Liberalität, weil der Erblasser sich selbst nichts nehme, aber eine Begünstigung; s. dagegen die Zeile 3 fg. dieser Note angeführten Stellen. Jetzt Brinz 2. Aufl. a. a. O. Note [5]: die in diesen Stellen angeführten „beiden Verfügungen müssen als ein Ganzes betrachtet werden". Aber dann ist doch das erste Vermächtniß nicht donandi animo hinterlassen. Dernburg III § 98. — Auf die Möglichkeit, daß das Vermächtniß einen andern als einen vermögensrlichen Inhalt hat, ist bei der verschwindenden Wichtigkeit dieses Falles im Vorstehenden keine Rücksicht genommen worden. S. § 634 [1].

[6] Ueber die geschichtliche Entwickelung des röm. Vermächtnißr. vgl.: Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 61—134. 247—274, Mayer § 1—8, Köppen S. 74—96, Schirmer S. 107—124, Arndts XLVI S. 6—80, Hölder Beiträge zur Geschichte des röm. Erbr. S. 72 fg. (dazu Scheurl kr. VJS. XXIV S. 213 fg.) [Bruckner zur Gesch. des Fideicommisses. Münch. 1893, dazu H. Krüger Grünh. ZS. XXII S. 325 fg.]

[7] § 1 I. 2, 23: — „et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur".

[8] § 1 I. cit., pr. I. 2, 25.

[9] Gai. II, 246—289, Ulp. XXV, Paul. sentent. IV, 1. L. 1 D. 30 enthält eine offensichtliche Interpolation.

bestimmt, daß für alle Vermächtnisse nur Ein Recht, und zwar im Widerspruchsfall das mildere der Fideicommisse, gelten solle[10].

Die folgende Darstellung des Vermächtnißrechts zerfällt in drei Abtheilungen. In der ersten Abtheilung sollen die allgemeinen Grundsätze für die Vermächtnisse überhaupt, in der zweiten die besonderen Grundsätze für die Vermächtnisse besonderen Inhalts entwickelt werden. Unter den Vermächtnissen besonderen Inhalts bedarf aber kraft seiner durchaus eigenartigen Natur einer abgesonderten Darstellung das Erbschaftsvermächtniß.

I. Allgemeine Grundsätze.

A. Die bei dem Vermächtnisse in Betracht kommenden Personen.

1. Der Vermächtnißgeber.

§ 624.

Fähig zur Errichtung eines Vermächtnisses ist nur derjenige, welcher sich auch einen Erben ernennen kann[1]. Eintreten der Errichtungsfähigkeit nach Errichtung des Vermächtnisses hilft nicht, wenn nicht zugleich eine gültige und namentlich in der gehörigen Form erklärte Bestätigung vorliegt[2]. Jedoch werden ausnahmsweise Vermächtnisse, welche in einem durch ein früheres Testament zum Voraus bestätigten Codicill von einem aus Rechtsgründen Unfähigen, später fähig Gewordenen, errichtet worden sind, als Theil des Testamentes aufrecht erhalten, wenn dieses selbst zu Recht besteht[3].

[Das BGB. kennt den Begriff des Codicills nicht. Zur Anwendung kommen auch bei der Vermächtnißerrichtung nur die Sätze von der Fähigkeit, ein Testament oder einen Erbvertrag zu errichten, s. ob. S. 210 fg. 318.]

---

[10] L. 1. 2 C. 6, 43, aus den Jahren 529 und 531. Durch die erste dieser Constitutionen hat Justinian auch den Unterschied aufgehoben, welcher bis dahin zwischen den verschiedenen Formen der legata in Betreff ihrer rlichen Wirkung bestand. Gai. II, 192—223, Ulp. XXIV, 2—14.

§ 624. [1] L. 2 D. 30. „Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent". L. 114 pr. D. eod., l. 1 § 1—5 D. 32, l. 6 § 3. l. 8 § 2 D. 29, 7.

[2] Vgl. l. 1 § 1. 5 D. 32, und dazu Fein XLIV S. 41 fg., Vangerow II § 540 Anm. Nr. V.

[3] L. 8 § 3 D. 29, 7, l. 12 § 5 D. 49, 15. Fein XLIV S. 53 fg. Vgl. § 630 g. E.

2. Der Vermächtnißnehmer (der Bedachte).

§ 625.

1. Fähig, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden, ist, was physische Personen angeht, nur derjenige, welcher auch zum Erben eingesetzt werden kann[1]. Existenz (Conception) zur Zeit des Todes des Erblassers[2] ist aber nicht erforderlich[3]. Was juristische Personen angeht, so sind außer denjenigen, welche zu Erben eingesetzt werden können, auch alle Corporationen vermächtnißfähig[4].

[Nach BGB. können alle Personen mit Vermächtnisse bedacht werden, auch künftige, diese aber nur in den zeitlichen Schranken der §§ 2162. 2163. Unwirksam ist das Vermächtniß, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr existirt (2160).]

2. Mehrere mit einem Vermächtniß Bedachte theilen nach Köpfen[5]; auch wenn Erben vermacht ist, darf im Zweifel nicht als Wille des Erblassers angesehen werden, daß sie nach Erbtheilen theilen sollen[6]. Auch dann wird nach Köpfen getheilt, wenn ein und derselbe Gegenstand Mehreren nicht zusammen, sondern jedem besonders vermacht ist[7]. Ist ein und derselbe Gegenstand Mehreren zusammen und

---

[1] § 24 I. 2, 20. „Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est". Vgl. l. 7 D. 41, 8, und im Einzelnen: l. 5 C. 9, 8 („testamentis extraneorum nihil capiant"), l. 1 C. 5, 9 („omnium . . legatorum fideicommissorum sit expers"), l. 10 C. 6, 58 („iure substitutionis"), l. 5 C. 5, 5 („nihil . . praedictis . . vel donet superstes, vel moriturus derelinquat"). Auch die s. g. Incapacität (§ 550) bezieht sich auf Vermächtnisse, wie auf Erbeseinsetzungen; s. die a. a. O. citirten Stellen. Ebenfalls das gleiche R., wie für Erbeseinsetzungen, gilt in Betreff der Zeit, zu welcher die Fähigkeit des Vermächtnißnehmers vorhanden sein muß (§ 549, 1), l. 60 [59] § 4 D. 28, 5. Vgl. Arndts XLVI S. 377 [1]. § 625.

[2] Vgl. § 535, 1.

[3] L. 32 § 6 D. 31, l. 22 C. 6, 37. Andere wollen von dem bezeichneten Erforderniß nur bei Familienfideicommissen, von denen die zuerst genannte Stelle handelt, absehen. Vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 412 fg., Huschke T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum p. 11 sqq., Arndts XLVI S. 410. Vgl. auch Sf. XII. 174. — Vermächtniß an eine erst durch das Vermächtniß zu begründende Stiftung: vgl. § 549, 2 und Arndts XLVI S. 413 fg. Sf. XVIII. 4.

[4] L. 19 [20] D. 34, 5, l. 38 § 6 D. 32. Vgl. § 535 [11 fg.]. Die ruhende Erbschaft dagegen ist auch des Vermächtnisses unfähig, § 531 [10 z. E.].

[5] L. 19 § 2 D. 30, l. 88 § 6 D. 31, l. un. § 11 C. 6, 51. Vgl. l. 23 § 1 C. 6, 37.

[6] L. 67 § 1 D. 30, l. 25 [24] D. 36, 1, l. 24 [23] eod.

[7] L. un. § 11 C. 6, 51. Doch ist in diesem Falle zuzusehen, ob nicht der Wille des Erblassers dahin ging, daß Jeder den vermachten Gegenstand erhalten solle, der Eine in Natur, der Andere in Werth. L. un. § 11 cit. i. f.,

außerdem einem Andern besonders vermacht, so erhalten die zusammen Genannten zusammen nur Einen Theil[8]. Ist ein Gegenstand zuerst dem Einen ganz, darauf einem Andern zum Theil vermacht, so erhält der Erstgenannte nur den übrigbleibenden Theil[9].

[Nach BGB. werden, wenn Mehreren derselbe Gegenstand vermacht ist, in Bezug auf die Vertheilung dieselben Sätze angewandt wie in Bezug auf die Bestimmung der Erbtheile mehrerer eingesetzter Erben 2157. 2089—2093; dazu ob. S. 248. 251. Abweichend von dem Princip des § 2065 Abs. 2 kann der Erblasser anordnen, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder der Mitvermächtnißnehmer von dem Gegenstande erhalten soll; die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber den Bedachten, die des Dritten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen, oder versäumt er eine auf Antrag eines Betheiligten vom Nachlaßgericht für die Abgabe der Erklärung gesetzte Frist, so sind die Bedachten zu gleichen Theilen berechtigt (2153)].

Bei alternativer Bedenkung Mehrerer soll nach Justinians Vorschrift das „oder" als „und" verstanden werden[10]; welche Vorschrift jedoch nur dann Platz greift, wenn nicht ein abweichender Wille des Erblassers unzweideutig erhellt[11]. — Ist Einem aus einem näher be-

l. 33 D. 30, l. 20 D. 32. (Das ältere R. ließ diese Behandlung immer eintreten beim Damnationslegat. Gai. II, 205, Ulp. XXIV, 13; über das legatum sinendi modo s. Gai. II, 213, l. 14 D. 33, 2. Dieß hat Justinian aufgehoben, l. un. § 11 cit.) Es ist ferner zuzusehen, ob der Erblasser nicht durch die Vermachung an den Zweiten die Vermachung an den Ersten hat zurücknehmen wollen, l. 33. l. 34 pr. D. 30 S. auch Note [9]. Arndts XLVI S. 476 fg. Zu der citirten l. 33 D. 30 vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 12.

[8] L. 34 pr. D. 30. Arndts XLVI S. 507 fg. Vgl. § 551 [2].

[9] L. 23 pr. C. 6, 37. Vgl. § 552 [12]. Arndts XLVI S. 517 fg.

[10] L. 4 C. 6, 38. Vgl. II § 297 [4], Arndts XLVI S. 453 fg. Bernstein Sav.-ZS. IV S. 177 fg.

[11] Namentlich will die Bestimmung gewiß nicht den Beschwerten des ihm vom Erblasser ausdrücklich zugestandenen Wahlr. berauben. Daher ist in l. 16 D. 31 („Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri") nur die zweite Bestimmung als durch l. 4 C. cit. beseitigt anzusehen. Arndts XLVI S. 458. 466 fg. will auch sie (für den Fall der dem Beschwerten ausdrücklich gegebenen Wahl) aufrecht erhalten; Fitting Natur der Correalobligationen S. 154 in der Note ist der Ansicht, sie sei aufgenommen worden, um anzudeuten, daß durch unzweideutige Willenserklärung des Erblassers auch nach l. 4 C. cit. noch eine Correalobligation begründet werden könne. — Ferner gehören hierher l. 77 § 32 D. 31, l. 3 § 1 D. 34, 4 (Arndts XLVI S. 470 fg.). — Bernstein a. a. O. S. 199 will „soweit nicht die l. 4 C. VI, 38 ein anderes verordnet und die l. 16 D. 31 nicht entgegensteht" auf Grund von l. 24 § 17 D. 40, 5 Entscheidung

zeichneten Kreise von Personen vermacht, so sind, wenn der Beschwerte nicht Einem leistet, Alle berechtigt[12].

[Nach BGB. kann der Erblasser in Abweichung von dem Princip des § 2065 Abs. 2 Mehrere mit einem Vermächtniß in der Art bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtniß erhalten soll (2151 Abs. 1). Steht fest, daß nur einer der Mehreren das Vermächtniß erhalten soll, ohne daß der Erblasser Weiteres bestimmt hat — also im Falle der alternativen Bedenkung — so ist anzunehmen, daß der Beschwerte das Bestimmungsrecht hat (2152). Die Bestimmung durch den Beschwerten erfolgt mittels Erklärung an den, der das Vermächtniß erhalten soll, die Bestimmung durch den Dritten mittels Erklärung an den Beschwerten (2151 Abs. 2). Kann der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen, oder versäumt er eine vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Betheiligten gesetzte Erklärungsfrist, so sind die Bedachten Gesammtgläubiger; derjenige, der die Leistung empfängt, braucht in Abweichung von § 430 im Zweifel nicht mit den Andern zu theilen (2151 Abs. 3). Etwas Anderes ist es, wenn der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet hat, die auf mehrere Personen paßt, und nicht ermittelt werden kann, wer gemeint ist. Dann theilen die mehreren in Betracht Kommenden nach § 2073 zu gleichen Theilen.]

Hat der Erblasser angeordnet, daß ein gewisses Vermögensstück der Familie erhalten bleiben solle[13], so ist forderungsberechtigt, wenn der Empfänger das Vermögensstück unter Lebenden oder auf Todesfall an einen Fremden bringt[14], der dem Grade nach nähere Verwandte[15], in Ermangelung eines Verwandten auch der Ehegatte eines verstorbenen[16].

[Vgl. zu § 637.]

3. Vermächtnißnehmer ist im gegebenen Fall derjenige, welchem der Erblasser durch seine Verfügung einen Vortheil hat zuwenden

---

durch's Loos eintreten lassen. — Dernburg III § 103 [4. 5]: in der Regel correale Berechtigung.

[12] L. 17 § 1 D. 31. „Si heres damnatus esset, decem uni ex libertis dare, et non constituerit, cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est“. L. 24. 25 eod., l. 67 § 7. l. 77 § 4 eod., l. 21 § 1 D. 40, 7, vgl. l. 16 C. 7, 4. Diesen Fall stellt Fitting a. a. O. S. 151 fg. [179] gewiß mit Unrecht dem Fall der alternativen Bedenkung gleich; s. dagegen Arndts XLVI S. 466 fg. Vgl. noch Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37—38 IV S. 585 fg.

[13] Vgl. die Literaturangaben § 637 [8]. Leist a. a. O. S. 591 fg.

[14] L. 114 § 15—18 D. 30, l. 67 pr. — § 4. l. 69 § 1. 3 D. 31; l. 4 C. 6, 42, l. 88 § 15 D. 31, l. 38 pr. D. 32. l. 120 § 1 D. 30, l. 11 C. 6, 42; l. 77 § 27 D. 31, Nov. 159 pr. c. 3.

[15] L. 69 § 3 D. 31. Vgl. Sf. VII. 209. 310.

[16] L. 5 C. 6, 38. — In dieser Weise kann nicht bloß der erste, sondern auch jeder folgende Inhaber beschwert werden. S. darüber § 637 [4 fg.].

wollen, und so möglicherweise ein Anderer oder auch ein Anderer, als der in der Verfügung als Empfangsperson Bezeichnete[17].

[Dieser Satz bleibt richtig auch für das Recht des BGB. S. im Uebrigen noch dessen Auslegungsregeln 2066—2072; auch 2149.]

3. Der Vermächtnißbeschwerte*.

§ 626.

1. Beschwert mit einem Vermächtniß kann Jeder werden, welcher durch den Tod des Erblassers und kraft des Willens desselben Etwas erhält[1]; im Einzelnen: nicht bloß der Testaments-, sondern auch der Intestaterbe[2], nicht minder der Vertragserbe[3], auch der Fiscus für den Fall, daß das Vermögen als erbloses Gut an ihn gelangen sollte[4], ferner der Vermächtnißnehmer[5], der von Todeswegen Beschenkte[6], und wer durch Erfüllung der einer andern letztwilligen Verfügung gestellten Bedingung Etwas erhält[7]. Auch die Erben der bezeichneten Personen können mit einem Vermächtniß be-

[17] L. 11 § 22 D. 32. „Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit". L. 3 § 4 D. 34, 3. „Et est verum, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset". Beispiele: l. 49 § 4—7. l. 108 § 13. 14. D. 30, l. 11 § 22 D. 32, l. 28 § 10—12 D. 34, 3; l. 3 § 3—5 D. 34, 3; l. 69 § 2 D. 30, l. 71 § 3 D. 35, 1. Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. X. S. 253 fg., XXIV S. 165 fg.

* Der Ausdruck „Vermächtnißträger", welchen Andere, und namentlich Arndts gebrauchen, scheint mir die Vorstellung, daß nicht der Beschwerte, sondern der Bedachte gemeint sei, nicht hinlänglich auszuschließen. Nur die verbale Redeweise: ein Vermächtniß tragen ist durchaus unmißverständlich.

§ 626. [1] L. 1 § 6. „Sciendum est autem, eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur". Mit einem Legate konnte nur der Testamentserbe beschwert werden; der Intestaterbe nicht, weil das Legat in einem Testament hinterlassen werden mußte, aber auch der Legatar nicht. [Gai. II, 260. 271, Ulp. XXIV, 90. pr. I. 2, 24.

[2] L. 3 pr. § 1. l. 8 § 1 D. 29, 7, l. 92 § 2 D. 30, l. 1 § 7—10 D. 32. Vgl. auch l. 114 pr. D. 30.

[3] Aber natürlich nicht nach dem Erbvertrag, wenn nicht Widerruf vorbehalten ist. Fein Forts. von Glück XLIV S. 197 fg., Hartmann Erbverträge S. 55 fg.

[4] L. 114 § 2 D 30.

[5] Pr. I. 2, 24.

[6] L. 77 § 1 D. 31, l. 3 pr. § 3. 4. D. 32, l. 9 C. 6, 42. Dem von Todeswegen Beschenkten kann auch nach der Schenkung ein Vermächtniß auferlegt werden, wenn nicht auf den Widerruf verzichtet ist, vgl. II § 369 [4. 5].

[7] L. 96 § 4 D. 30.

schwert werden[8]; ebenso der Gewalthaber, welcher durch das bedachte Hauskind erwirbt[9]. Dagegen kann demjenigen, welcher zwar durch den Tod des Erblassers, aber nicht kraft des Willens desselben Etwas erhält, ein Vermächtniß nicht auferlegt werden[10].

[Nach BGB. kann ein Vermächtniß nur auferlegt werden einem Erben, einem Vermächtnißnehmer (2147 S. 1), und dem durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter auf Todesfall Begünstigten, wofern der Versprechensempfänger sich vorbehalten hatte, die Person des Dritten einseitig anders zu bestimmen. Hierüber habe ich mich näher verbreitet in der Festschrift der Universität Erlangen zum 80. Geburtstage des Prinzregenten von Bayern (Erl. u. Leipz. 1901). B. II S. 107 fg.]

2. Mehrere mit einem Vermächtniß Beschwerte tragen dasselbe zu gleichen Theilen, ausgenommen wenn Erben als solche beschwert worden sind; dieselben sind vermächtnißpflichtig nach Verhältniß ihrer Erbtheile[11]. Mehrere mit einem Vermächtniß alternativ Beschwerte sind Correalschuldner[12].

---

[8] L. 5 § 1. l. 6 pr. D. 32, l. 15 D. 34, 3. Pupillarsubstitut: § 559, 8. Intestaterbe des Pupillen: l. 92 § 2 — l. 94 pr. l. 126 pr. D. 30. Eine Ausnahme in l. 24 C. 6, 37. Arndts XLVII S. 197 fg.

[9] Ulp. XXIV, 21. XXV, 10; l. 11 D. 30, über welche Stelle zu vergleichen ist Vangerow II § 521 Anm. 1, Arndts XLVII S. 203. Vgl. noch l. 4 D. 32, l. 62 D. 31.

[10] L. 2 D. 32, l. 31 C. 6, 42; l. 114 § 1 D. 30, l. 28 D. 31; l. 6 § 1 D 32.

[11] L. 86 § 3 D. 30, l. 124 i. f. eod. Vgl. l. 77 § 29 D. 31, l. 19 D. 29, 7. (Arndts XLVII S. 222 fg.) Daß die Beschwerten als Erben haben beschwert werden sollen, ist dann unzweifelhaft, wenn die Verfügung lautet, daß „die Erben", „meine Erben", das Vermächtniß entrichten sollen. Wie aber wenn die Beschwerten namentlich aufgeführt worden sind? Für diesen Fall bietet der Auslegung einen sehr nahe liegenden Anhalt die Betrachtung, daß, wenn die sämmtlichen Erben genannt worden sind, der Erblasser mit der namentlichen Bezeichnung derselben allerdings wohl etwas Besonderes, also Gleichstellung der Einzelnen, gemeint haben wird, da es sonst jedenfalls kürzer gewesen wäre, sich in der zuvor bezeichneten Weise auszudrücken, oder einen Beschwerten überhaupt nicht zu nennen ([13]); daß dagegen, wenn der Erblasser nur einige der Erben genannt hat, er zur namentlichen Bezeichnung wahrscheinlich nur deßwegen gegriffen haben wird, um diejenigen, welche er beschweren wollte, vor ihren Miterben kenntlich zu machen. Doch war in der römischen Jurisprudenz auch die Meinung vertreten, daß die namentliche Bezeichnung der Erben die Belastung nach Erbschaftstheilen in keinem Fall, so wie die umgekehrte, daß sie dieselbe in jedem Fall ausschließe. S. einerseits l. 17 D. 45, 2, gegen l. 124 D. 30; andererseits l. 54 § 3 D. 30 (zu dem Schluß dieser Stelle vgl. l. 37 D. 45, 3, von demselben Verfasser). Mit der Vereinigung dieser Stellen hat man sich viele Mühe gegeben; aber, wie ich glaube und wie dieß auch von den Meisten anerkannt wird, vergebliche. Die Stellen heben sich also gegenseitig auf, und es steht nichts im Wege, die oben bezeichnete Regel, welche freilich lediglich Auslegungsregel ist, der Rsanwendung zu Grunde zu legen. Eine ähnliche Meinungsverschiedenheit zeigt die

[Nach BGB. gilt für mehrere beschwerte Erben dasselbe; aber auch mehrere beschwerte Vermächtnißnehmer tragen das Vermächtniß im Zweifel nach Verhältniß des Werthes der Vermächtnisse, die sie erhalten (2148).]

3. Ist ein Beschwerter nicht genannt, so fällt das Vermächtniß dem oder den Erben zur Last, den Erben nach Erbtheilen[13].

[Ebenso BGB. 2147 S. 2. 2148.]

4. Das Vorvermächtniß*.

§ 627.

Das Eigenthümliche des Vorvermächtnisses[1] besteht darin, daß in ihm der Vermächtnißnehmer theilweise zugleich der Vermächtniß=

---

römische Jurisprudenz in Beziehung auf die Frage, zu welchen Theilen ein Sclave seinen mehreren Herren erwerbe, s. l. 5. l. 7 pr. l. 37 D. 45, 3. Literatur: Roßhirt I S. 238 fg. Arndts RLex. VI S. 284 fg. Dabis ZS. f. CR. u. Pr. N. F. I S. 406 fg. Gerstlacher zur Lehre von dem Rverhältniß zwischen mehreren mit einem Legat belasteten Erben und dem Legatar (Heidelberg 1853). Brinz 1. Aufl. S. 914 fg., 2. Aufl. II. S. 376. Vangerow II § 521 Anm. 3. Seitdem: Arndts Forts. von Glück XLVII S. 228—264 (welcher, den Widerspruch zugebend, bei jeder namentlichen Bezeichnung des Beschwerten Kopftheilung eintreten lassen will). Serafini Arch. giur. 1871 p. 128 ss. (neuer Vereinigungsversuch, in l. 17 cit. soll idem est zu verstehen sein = hoc est). Mehlhaff das. XII p. 385 ss. 483 ss. (ein anderer Vereinigungsversuch, l. 124 D. 30 und l. 54 § 3 eod. sollen von dem Falle zu verstehen sein, wo die beschwerten Erben in Gruppen eingetheilt sind). Brinz 2. Aufl. III S. 376. Dernburg III § 103 a. E. [Werner über die Haftung mehrerer mit einem Legat belasteten Erben. Gött. Diss. 1894.]

[12] L. 8 § 1 D. 30, l. 25 pr. D. 32. Vgl. II. § 297 [4]. — Solidarität der Verpflichtung tritt auch bei Untheilbarkeit des Vermächtnisses ein, l. 11 § 23. 24 D 32, l. 7 D. 33, 3, l. 80 § 1 D. 35, 2. Vgl. II § 299.

[13] L. 33 pr. D. 31.

* Die ausführlichste, und eine außerordentlich ausführliche, Darstellung der Lehre von den Vorvermächtnissen ist die von v. Buchholtz: die Lehre von den Prälegaten (1850). Fernere Literatur: v. d. Pfordten de praelegatis (1832). Claussen in: Juristische Zeitschrift, herausgeg. von dem Schleswig=Holstein=Lauenburgischen Advocatenverein, Jahrg. 1845 S. 144 fg. Vangerow ACPra. XXXV S. 260 fg. (1852). Degenkolb de legato quod fiebat per praeceptionem (1855). Czyhlarz über das legatum per praeceptionem, Haimerl's österr. VJSchr. III S. 115 fg. (1859). Arndts Forts. v. Glück XLVII S. 1—178 (1871). R. Voss D. de regula: heredi a semet ipso inutiliter legatur (1873). Kretschmar die Natur des Prälegates nach r. R. (1874). (Darüber Czyhlarz kr. VJS. XIX S. 168 fg.) Roßhirt I S. 255 fg. (s. auch dens. in seiner ZS. f. CR. und Criminalr. V S. 268 fg.). Arndts RLex. VI S. 288—290. Vangerow II § 523. Sintenis III § 210. Brinz 1. Aufl. S. 910 fg., 2. Aufl. III § 423[a]. Unger § 55 a. E. [Göppert über den Grund der Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur. Gött. Diss. 1893, Bonfante Bull. dell' istit. di dir. rom. VII p. 187 s. (1894).]

beschwerte ist. Ein Vorvermächtniß ist nämlich ein Vermächtniß, welches einem von mehreren Erben zu Lasten der Erben, also auch zu seinen eigenen Lasten, hinterlassen wird[2]. Das Vorvermächtniß ist für den Erbtheil des Vermächtnißnehmers nichtig[3], da die Verfügung, daß er bekommen solle, was ihm bereits gegeben ist, einen Widerspruch in sich selbst enthält[4]. Wird aber der Vermächtnißnehmer nicht Erbe, so bekommt er nach dem präsumtiven Willen des

[1] Der Ausdruck praelegatum kommt in den Quellen nicht vor, während ihnen der Ausdruck praelegare durchaus geläufig ist. Vgl. Buchholtz S. 16 fg. § 627.

[2] Es ist zwar sprachlich nicht unrichtig, von einem Vorvermächtniß auch da zu reden, wo ein Erbe mit einem Vermächtniß auf einen bestimmten anderen Erben angewiesen ist; aber ein solches Vermächtniß steht (abgesehen davon, daß es auch auf dem Wege der Erbtheilung geltend gemacht werden kann, l. 17 § 2 D. 30) ganz unter den gewöhnlichen Grundsätzen von den Vermächtnissen. Vgl. Buchholtz S. 144 fg. (A. M. in Betreff der bezeichneten Geltendmachung des Vermächtnisses Arndts XLVII S. 13 fg. und theilweise Kretschmar S. 143 [74].) — Der natürlichste Ausdruck für die Anordnung eines Vorvermächtnisses ist: daß der Erbe Etwas aus der Erbschaft zum Voraus haben oder nehmen, daß ihm Etwas aus der Erbschaft im Voraus vermacht sein solle. Hierher gehört das legatum per praeceptionem der Römer, Gai. II, 216; vgl. ferner l. 34 § 1. l. 88 § 3 D. 31, l. 41 § 3 D. 32, l. 32 § 4 D. 34, 2. Aber nothwendig ist diese Ausdrucksweise nicht, vgl. l. 104 § 3 D. 30 („quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare"), l. 104 § 5 eod., l. 1 § 6 D. 43, 3. Arndts XLVII S. 30 fg. Die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen einer Anordnung, welche dem Miterben ein Voraus bei der Erbtheilung geben will („materielle Präception"), und dem „simplen Vorvermächtniß" ist ein Grundgedanke der citirten Schrift von Kretschmar. Kretschmar betont aber ausdrücklich, daß auch in der Präceptionsanordnung ein gewöhnliches Vermächtniß enthalten sei. [Bernstein zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per praeceptionem) Sav.-ZS. XV S. 26 fg. (1894) dagegen Ferrini Bull. dell' istituto di dir. rom. VIII p. 1 s. (1895).]

[3] Es ist ein „legatum inutiliter datum", „legatum non consistit". S. die Stellen der folgenden Note.

[4] „Heredi a semet ipso legari non potest", Ulp. XXIV, 22. L. 18. l. 34 § 11. l. 116 § 1 D. 30, l. 34 § 1 D. 31. L. 18 § 2 D. 34, 9: — „quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret". L. 40 pr. D. 32, l. 1 § 6 D. 43, 3. Consequenzen daraus, daß der Vorvermächtnißnehmer nicht als Vermächtnißnehmer erhält, sondern als Erbe behält: a) l. 74. 86 D. 35, 2, l. 24 C. 3, 36; b) l. 19 [18] § 3 D. 36, 1 (vgl. § 666 [5]). Arndts XLVII S. 77 fg. — Claussen a. a. O. bezeichnet diesen logisch nothwendigen Satz als „irrationales Dogma", welches die römischen Juristen selbst bei der Anwendung außer Acht gelassen hätten. Vgl. dagegen die ausführliche Widerlegung Vangerow's Arch. S. 269 fg., und s. auch Buchholtz S. 200 fg.; andererseits die Bemerkungen von Kretschmar S. 265 fg. (die ich aber nicht für zutreffend halte). — Der hier vertretenen Auffassung, nach welcher das Vorvermächtniß für den Erbtheil des Vermächtnißnehmers von Anfang an ungültig ist, steht eine andere gegenüber, nach welcher es erst durch das Erbewerden des Vermächtnißnehmers ungültig wird.

Erblassers das Vermachte als Vermächtnißnehmer auch für den seinem Erbtheil entsprechenden Antheil[5]; dieß gilt jedoch nicht auch für seinen Erben im Fall seines Todes vor dem Erbschaftsantritt[6].

Ist das Vorvermächtniß dem Vorvermächtnißnehmer nicht allein sondern zusammen mit einem Andern gegeben, so kann es in Folge

Vgl. gegen diese Auffassung, für welche sich neuerdings auch Arndts XLVII S. 103 fg., Voss p. 12, Brinz 2. Aufl. a. a. O. Note [4] erklärt haben: Buchholtz S. 180 fg., Kretschmar S. 29 fg. 224 fg.

[5] L. 17 § 2. l. 18 D. 30, l. 12 C. 6, 37; l. 87. 89. 90 pr. D. 30; l. 12. 18 § 2 D. 34, 9. Vgl. l. 88. 90 § 1 D. 30, l. 92 pr. D. 32, l. 20 pr. D. 33, 7. Ueber die gewöhnlich ebenfalls hierher gezogene l. 91 § 2 D. 30 vgl. Kretschmar S. 33 fg., und im Allgemeinen Buchholtz S. 187 fg., Arndts XLVII S. 82 fg., Kretschmar S. 49 fg. 234 fg. — Wie ist das näher zu denken, daß, wenn der Vorvermächtnißnehmer nicht Erbe wird, das Vermächtniß auch für seinen Erbtheil besteht? Der Auffassung, welche anfängliche Gültigkeit des Vorvermächtnisses annimmt ([4] a. E.), macht natürlich diese Frage keine Schwierigkeit; die Anhänger der entgegengesetzten Auffassung sind verschiedener Meinung. Buchholtz läßt einfach das ungültige Vermächtniß nach dem Willen des Erblassers gültig werden; Vangerow (Lehrbuch a. a. O. Nr. IV) nimmt eine bedingte Wiederholung der Vermächtnißanordnung für den Fall des Nichterbewerdens, Donellus (comm. iur. civ. VIII c. 7 § 8) mit der Glosse eine in dem Vorvermächtniß selbst enthaltene Bedingung des Nichterbewerdens an. Das Letzte möchte das Richtige sein. Nach der Auslegung, welche für das Vorvermächtniß im r. R. geltend geworden ist, hat dasselbe den Sinn: der Erbe soll als Vermächtnißnehmer haben, soweit er nicht schon als Erbe hat. Im Wesentlichen ist dieß auch die Auffassung Kretschmar's, nur daß dieser Schriftsteller das Verhältniß von einer andern Seite bezeichnet (der Erblasser belaste „primär" den Vermächtnißnehmer mit, „secundär" seine Miterben allein), und daß er sich bemüht, nachzuweisen, daß in dem Vorvermächtniß keine „als solche vom Erblasser gewollte und gesetzte" Bedingung enthalten sei, obgleich er zugibt, daß es wie ein bedingtes rlich behandelt werde. Dernburg III S. 232.

[6] L. 75 § 1 D. 31. Die günstige, in der vorigen Note bezeichnete Auslegung tritt nicht ein, wenn von derselben nur die Erben des Vermächtnißnehmers Vortheil haben würden, an welche der Erblasser garnicht gedacht hat. In dieser Weise ist, wie ich noch immer glaube, die Schwierigkeit am Leichtesten zu beseitigen, welche hier l. 104 § 6 D. 30, l. 31 D. 36, 2 und l. 28 D. 28, 7 entgegenstellen. Anders Vangerow Lehrb. a. a. O. Nr. IV, noch anders Kretschmar S. 270 fg. — Es hat auch nicht an Versuchen gefehlt, nachzuweisen, daß die l. 75 § 1 cit. den im Text bezeichneten Satz gar nicht enthalte, vielmehr den Erben des Vorvermächtnißnehmers das ganze Vermächtniß zuspreche. Dieselben kommen darauf hinaus, daß unter den in der Stelle genannten „praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterant", nicht Theile der Präceptionen zu verstehen seien, sondern die ganzen Präceptionen mit Beziehung auf die definitiv sich herausstellenden Erbtheile der Miterben. Vgl. Schütze Jahrb. f. Dogm. III S. 418 fg., Arndts XLVII S. 124 fg., Serafini Arch. giur. VII p. 182 ss. (welche Schriftsteller aber im Einzelnen von sich abweichen, indem namentlich Schütze und Arndts die Stelle gar nicht von einem Vermächtniß verstehen). Dernburg III § 115 [6].

des Anwachsungsrechtes (§ 644. 645) geschehen, daß nicht der Vorvermächtnißnehmer den seinem Erbtheil entsprechenden Antheil des Vermächtnißgegenstandes als Erbe behält, sondern derselbe an den Mitvermächtnißnehmer fällt[7]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Erblasser gewollt habe, daß der Vorvermächtnißnehmer nur als Vermächtnißnehmer haben solle, und dieß darf nach heutigem Rechte im Zweifel nicht angenommen werden[8].

---

[7] L. 34 § 11 D. 30. „Si duobus sit legata (sc. res), quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque, quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit". L. 116 § 1 D. 30: — „si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem et ab alio herede trientem vindicabunt". Ist der Mitvermächtnißnehmer ebenfalls Erbe, so tritt wechselseitiges Anwachsungsrecht ein, und es bekommt also jeder Vermächtnißnehmer das Vermächtniß zum Erbtheil des andern. L. 34 § 12 D. 30. „Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam". S. auch l. 2 pr. D. 33, 7: „pro *partibus coheredum* viriles habituros legatarios placuit". — Specielle Frage: nach welchen Theilen wächst, wenn der Vorvermächtnißnehmer mehr als Zwei sind, das, was Jedem ungültig vermacht ist, den anderen Vorvermächtnißnehmern an? Nach meiner Meinung der Regel gemäß zu gleichen Theilen, während Vangerow (Arch. S. 311 fg. Lehrb. S. 424) sich dafür ausgesprochen hat, daß ihnen anwachse nach denjenigen Theilen, zu welchen ihr Vermächtniß zu Recht besteht, also z. B. wenn A auf 1/6, B auf 2/6, C auf 3/6 zur Erbschaft berufen sind, dem A und B nach dem Verhältniß von 5 zu 4, dem B und C nach dem Verhältniß von 4 zu 3, dem A und C nach dem Verhältniß von 5 zu 3. Dieser Meinung, welcher eventuell auch Buchholtz (S. 434 [100]) beigetreten ist (dagegen Roßhirt in seiner ZS. V S. 270 fg.), halte ich deßwegen für unrichtig, weil das Anwachsungsr. zwischen Mitvermächtnißnehmern darin seinen Grund hat, daß Jedem das Ganze vermacht worden ist, und dieß ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die Theile, welche der Eine und der Andere am Ganzen bereits hat, von verschiedener Größe sind. Für Vangerow, jedoch ohne Begründung, Arndts a. a. O. S. 159, gegen denselben Voss p. 67 ss., Brinz 2. Aufl. a. a. O. Note [9].

[8] Die Römer sahen auf den Ausdruck, uns ist es unverwehrt, auf den wirklichen Willen zu sehen. Daß aber der wirkliche Wille des Erblassers im Zweifel nur auf das Endresultat, welches er hervorrufen will, gerichtet ist, und nicht auf den juristischen Weg, auf dem dasselbe zu erreichen ist, darf nicht bestritten werden. Wendet der Erblasser also einem Erben einen einzelnen Nachlaßgegenstand zusammen mit einem Andern zu, so will er im Zweifel, daß dieselben sich gleich stehen sollen. — Andere finden die Gleichstellung der Vermächtnißnehmer schon im r. R. ganz oder theilweise anerkannt. So von Früheren Claussen (für gänzliche Gleichstellung), Buchholtz, Sintenis (für theilweise). S. gegen Diese Vangerow Arch. S. 265 fg. Lehrbuch S. 421 fg. Neuerdings aber haben Arndts S. 176 fg. und Kretschmar S. 164 fg. wieder den

[Das BGB. behandelt das „Vorausvermächtniß" ganz als Vermächtniß, auch soweit es auf dem eigenen Erbtheil des Bedachten ruht (2150); danach kann der Bedachte auch insoweit gegenüber Miterben, Nacherben (vgl. 2110 Abs. 2), Erbschaftskäufer (vgl. 2373), gegenüber andern Vermächtnißnehmern und Auflagen, gegenüber sonstigen Nachlaßgläubigern die Stellung des Vermächtnißnehmers behaupten (vgl. Mot. V S. 139 fg., Prot. der II. Comm. S. 6885).]

B. Form der Errichtung des Vermächtnisses*.

1. Testament und Codicill.

§ 628.

Ein Vermächtniß kann gültig in einem Testamente errichtet werden, aber braucht nicht in einem Testamente errichtet zu werden. Eine Vermächtnißverfügung, welche nicht in einem Testamente errichtet ist, fällt unter den Begriff des Codicills. Mit diesem Namen wird nämlich eine jede letztwillige Verfügung bezeichnet, welche keine Erbeseinsetzung enthält[1].

---

gleichen Weg eingeschlagen. Arndts beruft sich auf die Thatsache, daß in die Justinianische Compilation Stellen aufgenommen sind, welche als von Damnationslegaten oder Fideicommissen handelnd das Anwachsungsr. nach der Natur desselben ausschließen (l. 104 § 5 D. 30, l. 34 § 1 D. 33, 2), und kommt, indem er geltend macht, daß die historische Erklärung bei diesen Stellen bedenklich sei, und indem er l. 67 § 1 D. 30 zur Hülfe nimmt (vgl. über diese Stelle Vangerow Arch. S. 307 fg. Lehrbuch S. 426), zu dem Resultate, daß nach Justinianischem R. das Anwachsungsr. bei Vorvermächtnissen auf die besonderen in l. 34 § 11. 12 und l. 116 § 1 D. 30 bezeichneten Fälle zu beschränken sei; „vielleicht" dürfe man noch weiter gehen, und bei Widerspruch der Quellen sich an die einfachere und natürliche, das Anwachsungsr. ausschließende Entscheidung halten. Kretschmar findet auch im classischen r. R. das Anwachsungsr. nur für den Fall anerkannt, wo Miterben und Fremden, nicht für den Fall, wo bloß Miterben vermacht ist; in l. 34 § 12 D. 30 (⁷) sei keine Anwendung des Anwachsungsr. enthalten, sondern die Stelle vergebe einfach das Vermächtniß so weit es für die verschiedenen Vermächtnißnehmer gültig sei. Hiergegen ist zu bemerken, daß auch bei dieser Auffassung davon ausgegangen wird, daß durch den Willen des Erblassers jedem Vermächtnißnehmer das Ganze gegeben sei, Theile also nicht „ab initio" stattfinden, und gerade darin das Wesen des Anwachsungsres besteht. Allerdings bringt es die theilweise Ungültigkeit der Vermächtnißverfügung mit sich, daß Theile auch nicht erst „concursu" entstehen, daher die Entscheidung von Vat. fr. 87. Wäre Kretschmar's Auffassung die zutreffende, so müßte sie sich auch für den Fall bewähren, wo der Miterben mehr als Zwei sind, was sie zugegebenermaßen nicht thut. — Ueber den Gegensatz zwischen der römischen und der heutigen Auffassung vgl. noch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 156 ¹.

* Inst. 2, 25 de codicillis. Dig. 29, 7 de iure codicillorum. Cod. 6, 36 de codicillis. — Die Hauptschrift über die Codicille ist die § 623 Note * a. E. citirte von Fein. S. außerdem Witte RLex. II S. 670—681 (1844). Roßhirt I S. 1—73. Mayer § 16—29. Vangerow II § 526—528. Sintenis III § 208. Brinz 2. Aufl. III § 424. Unger § 56.

[Das BGB. kennt den Gegensatz zwischen Testament und Codicill nicht (1937 fg.). Jede (einseitige) letztwillige Verfügung ist Testament.]

Die für das Codicill vorgeschriebene Form unterscheidet sich von der Testamentsform dadurch[2], daß bei der Errichtung eines Codicills nicht 7, sondern nur 5 Zeugen zugezogen zu werden brauchen[3]. Im Uebrigen muß bei der Errichtung eines Codicills das Nämliche beobachtet werden, wie bei der Errichtung eines Testamentes[4]. Im

---

[1] Ein Codicill kann nicht nur Vermächtnisse enthalten, sondern z. B. auch die Anordnung einer Vormundschaft (s. § 433 [6] und Fein XLV S. 166 fg.) und nach r. R. Freilassungen von Sclaven. Ueber den Begriff des Codicills s. l. 20 D. 29, 7, l. 14 C. 6, 23 (beide abgedruckt § 538 [8]), l. 13 § 1 D. 29, 7. Was die Bezeichnung angeht, so gebrauchen die Quellen den Ausdruck codicillus meistens im Plural (codicilli); der Singular gehört nur oder fast nur der Sprache der späteren Kaiserzeit an. L. 148 D. 50, 16; l. 39 D. 29, 7, l. 38 D. 35, 1; l. 3 C. 6, 36, l. 14 C. 6, 23, l. 28 pr. § 1 eod. u. a. m. Fein XLIV S. 16 fg. Seinem Wortsinn nach geht der Ausdruck nur auf schriftliche Verfügungen; aber von „codicillis sine scriptis habitis" spricht schon Justinian (l. 3 pr. C. 6, 4, vgl. auch l. 13 C. 1, 2), und uns ist die Bezeichnung: mündliches Codicill ganz geläufig. Fein XLIV S. 411 fg. — Wie das Wesen des Codicills darin besteht, daß es eine Erbeseinsetzung nicht beabsichtigt, so kann andererseits in der für ein Codicill genügenden Form eine Bestimmung über die directe Erbfolge nicht getroffen werden; „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest", § 2 I. 2, 25. L. 10 D. 29, 7, l. 2. 7 C. 6, 36. Fein XLIV S. 75—144. Die von v. Kräwell ACPra. XLIII S. 58 fg. XLVI S. 79 fg. vertheidigte Meinung, daß dieser Satz in dem Fall nicht gelte, wo dem Codicill im Testamente die volle Kraft des Testamentes beigelegt worden sei, beruht auf einer zu weit gehenden Ausbeutung der Zulässigkeit einer mystischen Erbeseinsetzung (§ 546 [10]). Gegen diese Meinung haben sich ausgesprochen Chop ACPra. XLIV S. 311 fg. und Windmüller das. XLV S. 391 fg. Vgl. auch unten Note [16]. [Keine Aenderung der Erbquoten durch Codicill: RG. XXXI S. 175 fg. Gegen diese Entscheidung unter Zuhülfenahme des Universalfideicommisses mit Recht Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 311 fg.] § 628.

[2] Ueber die Form der Codicille vgl. im Besonderen noch Danz de externa codicillorum forma commentatio, Lipsiae 1835, und dens. ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 219 fg. (1836), Bachofen ausgewählte Lehren S. 316—321.

[3] Ursprünglich erforderte das Codicill gar keine Form, und Spuren dieses R. finden sich noch in den Digesten. L. 6 § 1. 2 D. 29, 7. l. 89 pr. D. 31, l. 39 § 1 D. 32; vgl. auch l. 22 C. 6, 42. Fein XLIV S. 339 fg. Constantin schrieb für Intestatcodicille, Theodosius II. für alle Codicille die Zuziehung der gleichen Zahl von Zeugen vor, wie für Testamente, d. h. von 5 oder 7, l. 1. l. 7 § 2 C. Th. 4, 4. Nachdem das Testament vor 5 Zeugen beseitigt worden war (Nov. Theod. II tit. XVI), bestimmte Justinian (Interpolation in l. 8 § 3 C. 6, 36), daß bei Codicillen die Zahl von 5 Zeugen genügen solle.

[4] Wenn auch die Annahme zu gewagt erscheinen mag, daß schon im Sinn der beiden in der vorigen Note genannten Constitutionen des Theodosischen Codex die Codicille den Testamenten in Betreff der Form vollständig gleichgestellt worden seien (vgl. l. 7 C. 6, 36), so tritt doch der Zug nach dieser Gleichstellung in der nachconstantinischen Gesetzgebung so bestimmt hervor (s. l. 7 § 2 C. Th. cit.,

Einzelnen ist also erforderlich: Aufforderung der Zeugen[5], Fähigkeit derselben nach den § 542 angegebenen Regeln[6], Einheit der Handlung[7], und bei schriftlichen Codicillen Unterschrift des Erblassers in Gegenwart der Zeugen[8] und Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen in Gegenwart des Erblassers[9], während bei mündlichen Codicillen die einfache Erklärung des Willens vor den Zeugen genügt[10].

---

l. 28 pr. § 1 C. 6, 23, l. 8 C. 6, 22), daß er als Grundgedanke dieser Gesetzgebung bezeichnet werden darf, und man nicht zu weit geht, wenn man die für Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten (abgesehen von der Zahl der Zeugen) auf die Codicille auch in Betreff solcher Punkte überträgt, für welche sich eine specielle gesetzliche Sanction nicht beibringen läßt. Besonders lehrreich in dieser Beziehung l. 28 C. 6, 23, wo Justinian Einheit der Handlung und Unterschrift des Erblassers stillschweigend als erforderlich voraussetzt, und vollkommen übereinstimmend die Auffassung der N. O. § 2 (vgl. § 11). Allerdings heißt es andererseits in § 3 I. 2, 25, daß die Codicille „nullam solemnitatem ordinationis desiderant". Aber wenn man diese Stelle dahin verstehen wollte, daß die Codicille gar keiner Förmlichkeit bedürfen, so würde sie mit dem R. des Codex in so schreienden Widerspruch treten, daß man genöthigt ist, sie entweder für einen Nachklang des älteren R. zu erklären (s. Note [3], dagegen freilich § 12 I. 2, 23), oder sich diejenige Auslegung derselben, welche sich bei Theophilus (ad. h. l.) findet, anzueignen, daß sie nämlich nur „τάξιν ἐπὶ τῇ τούτων γραφῇ", eine bestimmte Ordnung der im Codicill enthaltenen Verfügungen, wie bei Testamenten die Erbeseinsetzung vorausgehen mußte, für überflüssig habe erklären wollen. Vgl. Fein XLIV S. 403 fg. — Die hier vertretene Grundauffassung ist namentlich von Danz a. a. OO. und von Fein XLIV S. 365 fg. vertheidigt worden; § 208 [3], Sintenis S. 883. A. M. unter den Neueren Bachofen a. a. O., Mayer § 17. 18, Dernburg III § 74.

[5] Nicht entgegen steht l. 8 § 3 C. 6, 36: — „quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint." Denn die gleiche Bestimmung findet sich in der ursprünglichen Fassung der Stelle in l. 7 § 2 C. Th. 4, 4, in welcher Fassung die Stelle die Testamente mit umschließt. (Die Erklärung Mayer's, welcher in der Stelle des Theodosischen Codex die Worte „vel rogati" auf Testamente, die Worte „aut qui fortuito venerint" auf Codicille bezieht, ist nahezu unmöglich.) Jene Worte wollen nichts sagen, als daß die Zeugen nicht herbeigeholt zu sein brauchen, vgl. l. 21 § 2 D. 28, 1. Fein XLIV S. 418 fg. Sf. XIX. 244.

[6] Fein XLIV S. 434 fg. Vermächtnißnehmer sind daher gültige Codicillarzeugen. S. auch l. 22 C. 6, 23. Fein S. 455 fg. A. M. außer den das. Genannten auch Mayer § 18 [7].

[7] L. 28 pr. C. 6, 23. Vgl. l. 8 § 3 C. 6, 36: „uno eodemque tempore" (vgl. § 3 I. 2, 10), Fein XLV S. 1 fg.

[8] L. 28 § 1 C. 6, 23. Fein XLV S. 20 fg. Unterschrift des Erblassers ist, wie bei Testamenten, dann nicht erforderlich, wenn der Erblasser das Codicill selbst geschrieben, und, daß er dieß gethan, in dem Codicill bemerkt hat. L. 28 § 4 cit. [Unterkreuzung genügt. RG. XXXV S. 135 fg.].

[9] Unterschrift: l. 8 § 3 C. 6, 36. Sf. XV. 137. Vgl. § 541 [4]. Die Nothwendigkeit der Untersiegelung ergibt sich aus dem Princip ([4]). Dawider freilich die herrschende Meinung, auch Danz, Arndts, Sintenis; dafür Fein XLV S. 32 und eventuell Mayer § 18 [10].

[10] L. 8 § 3 C. 6, 36. Vgl. Note [1].

Die Erleichterungen, welche der Testamentsform für gewisse Fälle gewährt sind (§ 544), erstrecken sich auch auf die Codicille[11], wie umgekehrt die Erschwerungen der Testamentsform, welche in anderen Fällen gelten (§ 543)[12]. Eine als Codicill privilegirte Verfügung ist die Theilung, welche Ascendenten zwischen ihren Descendenten vornehmen; dieselbe erfordert nichts als einen schriftlichen, von den Ascendenten oder den Descendenten unterschriebenen Aufsatz[13]. Die Behauptung, daß testamentarisch bestätigte Codicille gar keiner Form bedürfen[14], ist nicht haltbar[15], obgleich es zulässig ist, im Testament oder Codicill in Betreff des Namens des Vermächtnißnehmers und

---

[11] „Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere", l. 21 D. 50, 17. Vgl. auch l. 17 C. 6, 21 („circa ultimas voluntates"), c. 4 X. 3, 26. Von selbst versteht es sich daher auch, daß ein Codicill in der Form eines öffentlichen Testamentes (§ 545) errichtet werden kann. Fein XLV S. 55 fg. Sf. XXVI. 250.

[12] Für das Codicill eines Blinden ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß bei demselben Alles beobachtet werden müsse, wie beim Testamente, l. 8 C. 6, 22, R. O. § 11. Glück XXXIV S. 38 fg., Fein XLV S. 91 fg. Auch für das (schriftliche) Codicill eines Schreibensunfähigen die Zuziehung eines achten Zeugen zu verlangen, wie Fein a. a. O. S. 92 fg. thut, statt eines sechsten, halte ich für bedenklich. Sf. XVIII. 262.

[13] Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3. Vgl. l. 20 § 3. l. 32. 33. l. 39 § 1 D. 10, 2, l. 30 § 3 D. 34, 4, l. 15 D. 34, 9, l. 10. 16. 21 C. 3, 36; l. 77 § 8 D. 31 (Vangerow II § 523 Anm. I. A. 3). Fein XLV S. 72 fg.; s. ferner Mühlenbruch XLII S. 231 fg., v. Buchholtz Prälegate S. 233 fg., Sintenis III § 170 a. E. V. Polacco della divisione operata da Ascendenti fra Descendenti. Verona-Padova 1885. Vgl. Schneider kr. VJS. XXVIII S. 418 fg. Sf. XXIV. 130, XXVI. 250, XXXVII. 322.

[14] Diese Behauptung war früher in Theorie und Praxis die herrschende, namentlich auf Grund der Ausführungen von J. H. Böhmer (Disp. de codicillis absque testibus validis, zuerst Halae 1707, auch Exerc. ad Pand. V. 78); jetzt ist sie fast ganz aufgegeben. Fein XLV S. 96 fg. Doch ist sie in einer beschränkten Form (es soll gültig sein das im Testament ausdrücklich als formloses bestätigte Codicill) noch neuerdings vertheidigt worden von v. Kräwell ACPra. XLIII S. 78 fg. XLVI S. 92 fg.; dagegen Chop das. XLIV S. 335 fg., Windmüller das. XLV S. 361 fg.

[15] Die Bestimmung der l. 8 § 3 C. 6, 36 lautet ganz allgemein. Wenn die Quellen das testamentarische Codicill für einen Bestandtheil des Testamentes erklären (§ 630 [7, 8]), so ist einerseits dieser Ausspruch nicht auf bestätigte Codicille beschränkt, und andererseits das r. R. weit davon entfernt gewesen, ihn abstract auszubeuten (§ 630 [9–11]); und daß er speciell auf die Form der Codicille nicht bezogen worden ist, geht schon daraus hervor, daß zur Zeit der classischen Juristen die Codicille einer Form nicht bedurften. Arndts RLex. VI S. 291 [88], Fein XLV S. 95 fg., Mayer § 22 lit. c., Vangerow II § 526 Anm. 1 Nr. III, Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock I S. 160—172. 207. Sf. I. 102. 358, II. 314 (dazu APraktRW. III S. 134 fg.), IX. 52, XXV. 299, XXXV. 42. Fein a. a. O. will eine Ausnahme für die

des Beschwerten so wie in Betreff des Inhalts des Vermächtnisses auf eine anderweitig zu treffende oder getroffene formlose Bestimmung zu verweisen[16].

[Das BGB. kennt folgrichtig (s. S. 557) keine besonderen Codicillarformen. Ueber die Testamentsformen s. ob. S. 223 fg.]

2. Das s. g. Oralfideicommiß*.

§ 629.

Ein unförmlich errichtetes Vermächtniß ist nicht unbedingt ungültig. Wenn die Vermächtnißauflage dem Beschwerten direct gemacht worden ist und er sie nicht bestreitet, so muß er sie erfüllen, ohne sich auf den Mangel der Form berufen zu dürfen, und er muß seine Bestreitung auf Verlangen des Gegners eidlich bekräftigen, vorausgesetzt, daß dieser seinerseits den Gefährdeeid schwört[1]. Unter

in einem nachfolgenden Testament bestätigten Codicille machen (vgl. auch Puchta § 523 und Vorles. dazu); dagegen mit Recht Sintenis III § 208 [7] und Vangerow a. a. O. S. aber auch die folgende Note.

[16] Was für die Erbeseinsetzung gilt (§ 546 [10]), muß um so mehr für die Vermächtnisse gelten, und es ist dieß in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 25 [26] D. 34, 5, l. 38 D. 35, 1. Vgl. § 633 [11]. Hierdurch ist denn freilich der zur vorigen Note erwähnte Satz ziemlich illusorisch gemacht. Denn gültig ist ohne allen Zweifel die testamentarische Verfügung: ich vermache dem Titius Soviel, wie ich später bezeichnen werde; gültig die Verfügung: ich vermache denjenigen Personen, welche ich später bezeichnen werde, Jedem 100; gültig also auch die Verfügung: ich vermache denjenigen Personen, welche ich später bezeichnen werde, die von mir zu bezeichnenden Gegenstände oder Beträge — nicht gültig also nur die Verfügung, welche gar nicht von Vermächtnissen, sondern nur von Anordnungen oder Codicillen im Allgemeinen redet. Man darf nicht sagen, das mystische Vermächtniß setze einen bereits gefaßten Vermächtnißentschluß voraus; denn s. l. 10 pr. D. 28, 7: — „si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto", — „cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto". Einen hierher gehörigen, sehr lehrreichen und äußerst sorgfältig behandelten Fall (Juristenfacultät zu Halle und OAG. zu Rostock) s. bei Buchka und Budde Entscheidungen I S. 146—213 (Sf. XI. 55). S. aber auch Sf. XI. 57, XLIV. 112 (RG.). [RG. XXXI S. 168 fg., vgl. ob. § 546 [10].]

* G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II Nr. 10 (1818). Maffot APraktRW. N. F. IV S. 42 fg. (1867). Arndts Fortsetzung von Glück XLVII S. 341—382 (1873). Sonnenschmidt Neue prakt. Erörterungen S. 1—107 (1877). Roßhirt I S. 66 fg. Arndts RLex. VI S. 292—293. Mayer § 29. Sintenis III § 208 Anm. 14. Vangerow II § 528 Anm.

§ 629. [1] So schrieb Justinian in l. 32 C. 6, 42 vor, vgl. auch § 12 I. 2, 23. Irrig ist die Auffassung, daß Justinian die directe formlose Vermächtnißauflage für überhaupt gültig habe erklären wollen, und daß er den Eid nicht in dem Sinne genannt habe, um andere Beweismittel auszuschließen; so Süptitz Ueber den Beweis eines dem Fiduciar vom Testirer mündlich auferlegten Fideicommisses

directer Vermächtnißauflage ist zu verstehen eine dem Beschwerten mündlich gemachte[2] oder ihm in anderer Weise, durch Schrift oder Boten, mitgetheilte[3] Auflage.

[Dem BGB. unbekannt.]

---

und dessen rliche Wirkung, Helmstädt 1804, welchem folgt v. Bülow a. a. O. S. 99. fg. In Justinian's Auffassung ist der Eid, welchen der in Anspruch Genommene leisten soll, gar nicht Beweismittel, sondern Bestärkung seiner Ableugnung. Der in Anspruch Genommene muß, wenn er „confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat", trotz dieser Ausflucht leisten (§ 12 I. cit.); sein bloßes Leugnen aber hilft ihm nicht, sondern „dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem" (l. 32 C. cit.). Deßwegen ist auch Rückschiebung des Eides (und war früher Gewissensvertretung) nicht zulässig. Deßwegen ist er auch durch die CPO., welche den Gefährdeeid nicht kennt, nicht ausgeschlossen. A. M. Dernburg III § 75. Was den Zeugenbeweis angeht, spricht gegen die erwähnte Meinung sogar der Wortlaut von Justinian's Verfügung. „Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est". Vgl. Mayer § 29 [17. 18], Vangerow II § 528 Anm. Nr. 2, Arndts Forts. von Glück S. 369 fg., Sonnenschmidt S. 90 fg., Sf. V. 38, XIII. 47, XVIII. 96 a. E., XXVII. 152, XXXIII. 239, XLII. 46, XLIII. 279. — Genügt außergerichtliches Geständniß? Bejaht bei Sf. V. 38 Nr. 4, XLIII. 279. Arndts Fortsetzung von Glück S. 366 fg., Sonnenschmidt S. 80 fg. [RG. XXXII S. 159 fg. sieht den Eid des Beschwerten als „materiellrlichen" an, d. h. als Voraussetzung für den materiellen Bestand des Vermächtnisses und daher als unabhängig von Veränderung der Proceßvorschriften. Gegen die Begründung dieses Urtheils Seuffert Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 484 fg., der aber ebenfalls annimmt, daß an dem Oralfideicommiß außer der Abschaffung des Gefährdeeides nichts geändert ist.] [[S. auch Sf. XLVII. 123 (Erben des Belasteten).]]

[2] Daß dieß aber in Form einer Anrede an den Beschwerten geschehen sei, ist nicht erforderlich. Sf. V. 38 Nr. 1, XXVII. 267. APraktRW. N. F. IV S. 48.

[3] Dieß ist bestritten. Andere schließen die Mittheilung durch Boten oder Schrift, oder doch die Mittheilung durch Boten, aus, woher auch die in der Ueberschrift dieses § genannte Bezeichnung, so wie die Bezeichnung fideicommissum heredi praesenti iniunctum stammt. So unter den Neueren Witte RLex. II S. 681, Mayer § 29 [9 fg.], Brinz 1. Aufl. S. 888. 889. 2. Aufl. III S. 394, Sonnenschmidt S. 43 fg. und was den Boten angeht Massot a. a. O. S. 424 fg. Sf. IV. 66, V. 38, IX. 52. Die für diese Meinung geltend gemachten Gründe sind aber nicht überzeugend. Wenn l. 32 cit. den Fall, von welchem sie redet, dahin bestimmt, daß das Vermächtniß „sine scriptura et praesentia testium" errichtet worden sei, so soll damit nur die Unförmlichkeit der Errichtung bezeichnet sein. Wenn es in der Institutionenstelle heißt, der in Anspruch Genommene solle schwören, „quod nihil tale a testatore audivit", so hat man kein Recht, diesen Ausdruck zu pressen. Wenn endlich geltend gemacht wird, im Falle der schriftlichen oder durch einen Boten vermittelten Mittheilung könne der in Anspruch Genommene in Betreff der Wahrheit der Mittheilung des Boten und der Aechtheit des Briefes nur de ignorantia oder de credulitate schwören, so ist die Behauptung willkürlich, daß ein solcher Eid im Sinne der Constitution Justinian's unzulässig sei: der in Anspruch Genommene soll die Wahrheit seiner Aussage beschwören („dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem");

3. Testamentarische und Intestatcodicille.

§ 630.

Die Codicille sind testamentarische oder Intestatcodicille, je nachdem sie mit Rücksicht auf das Eintreten der testamentarischen oder der Intestaterbfolge errichtet werden[1]. Die testamentarischen Codicille beziehen sich entweder auf ein errichtetes oder auf ein zu errichtendes[2] Testament. Sie können in dem Testamente, auf welches sie sich beziehen, entweder bestätigt sein oder nicht[3]; die Bedeutung dieses Unterschiedes ist jedoch im Justinianischen Recht sehr abgeschwächt[4]. Die testamentarischen Codicille stehen und fallen mit dem Testament, auf welches sie sich beziehen[5], während die Intestat-

ob und wie weit seine Aussage dem Gegner frommt, ist dessen Sache. Wie hier: Roßhirt I S. 67 fg., Arndts RLex. VI S. 292 und Forts. von Glück S. 351 fg., Sintenis III § 208 Anm. 14 Nr. 1. Sf. VIII. 72. — Man darf aber nicht soweit gehen, auch einen im Nachlaß vorgefundenen, an den Beschwerten gerichteten Brief für genügend zu erklären. Denn eine Mittheilung an den Beschwerten erfordert Justinian immerhin; in dieser Beziehung setzen die Worte „quod nihil tale a testatore audivit" eine Grenze, welche zu überspringen um so weniger gerechtfertigt ist, als die Formlosigkeit letztwilliger Verfügungen gewiß keine Begünstigung verdient. Vgl. übrigens Massot a. a. O. S. 44. 45. — Noch weniger gerechtfertigt ist es, eine schriftliche, den Beschwerten gar nicht anredende Verfügung für genügend zu erklären (so v. Löhr ACPra. II S. 188). Sf. II. 315 APraktRW. III S. 138 fg.), IX. 52, XIV. 150, vgl. XVII. 267. Das Erkenntniß XIV. 150 schließt sogar (aber gewiß mit Unrecht) den Fall aus, wo der Erblasser dem Beschwerten die Verfügung vorgelesen hat

§ 630. [1] Codicilli ad testamentum — ab intestato facti, codicilli ad testamentum pertinentes. § 1 I. 2, 25, l. 16 D. 29, 7, l. 1 C. 6, 36, l. 8 § 2 D. 2, 15, l. 5 § 14 D. 34, 9; l. 6 pr. D. 28, 4, l. 81 D. 31. Ueber l. 8 pr. D. 29, 7 s. Fein XLIV S. 152 fg., Mayer § 19 [7].

[2] § 1. I. 2, 25, l. 18 D. 29, 7.

[3] Codicilli testamento confirmati — non confirmati. S. z. B. l. 3 § 2. l. 6 § 4 D. 29, 7. Codicilli in futurum — in praeteritum confirmati l. 8 pr. D. 29, 7. Fein XLIV S. 190—231. [Können testamentarisch bestätigte Codicille vom Erblasser im Testamente an eine besondere Form gebunden werden? Sf. XLVII. 121 (RG.).]

[4] Seit der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse; vorher konnten Legate, wie alle directen Verfügungen, nur in einem bestätigten Codicille errichtet werden. Gai. II, 270a, Ulp. XXV, 8. Vgl. l. 43 D. 40, 4. Im Justinianischen R. besteht zwischen bestätigten und nicht bestätigten Codicillen, was Vermächtnisse angeht, nur noch der § 624 [3] bezeichnete Unterschied. Abgesehen von Vermächtnissen gilt für bestätigte Codicille noch das Besondere, daß allein in ihnen ein Vormund ernannt werden kann. L. 3 D. 26, 2, l. 1 § 1 D. 26, 3. Fein S. 229 fg.; a. M. auch in dieser Beziehung Mayer § 21 [12].

[5] L. 3 § 2 D. 29, 7. „Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius

codicille unabhängig davon sind, wer das Vermögen erhält[6]. Die testamentarischen Codicille bilden überhaupt als Anhang zu dem Testamente mit demselben eine Einheit[7], und so liegt die Auffassung nahe, daß die in ihnen getroffenen Verfügungen rechtlich so anzusehen seien, als wenn sie im Testamente selbst getroffen wären. In der That hat das römische Recht dieser Auffassung in einzelnen Beziehungen Raum gegeben[8], so namentlich in der Beziehung, daß ein im Testament hinterlassenes Vermächtniß gültig sein soll, wenn ein Erforderniß seiner Gültigkeit erst durch eine im Codicill getroffene Verfügung geschaffen wird[9]; s. ferner § 624 Note 2. 3[10]. In

momenti erit". L. 16 D. 29, 7: — „testamento autem facto ius sequuntur eius". L. 8 § 3 D. 29, 7, l. 1 C. 6, 36, l. 81 D. 31, l. 5 § 14 D. 34, 9. Fein XLIV S. 146 fg., Mayer § 21 [7–16]. Es hindert jedoch den Erblasser nichts, das testamentarische Codicill eventuell auch auf ein anderes Testament, oder auch auf die Intestaterbfolge zu beziehen. L. 9 D. 32.

[6] L. 16 D. 29, 7. „Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli, nam unus casus est . . . Et ut manifestius dicam, intestato paterfamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent." L. 2 D. 40, 5. Es kann aber das Intestatcodicill auch auf einen bestimmten Fall oder bestimmte Fälle der Intestaterbfolge beschränkt werden. — Ueber die Intestatcodicille überhaupt s. noch Fein XLIV S. 305—339, Mayer § 19 [8 fg.].

[7] L. 14 D. 29, 7: — „codicilli pro parte testamenti habentur". L. 11 D. 29, 3: — „codicilli pars intelleguntur testamenti".

[8] Als Regel wird sie ausgesprochen in l. 2 § 2 D. 29, 7. „Codicillorum ius singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent". S. ferner l. 14 pr. D. 29, 7. — „Sabini et Cassii collectio . . illa est, quod codicilli pro parte testamenti habentur, observationemque et legem iuris inde traditam servent". L. 7 § 1 D. 29, 7 ([11]). Fein gebraucht für diese Regel den Ausdruck: codicillarische Fiction. S. dens. XLIV S. 283—305, Mayer § 22, Vangerow § 526 Anm. 1 Nr. II. Darüber, daß die Regel nicht bloß für bestätigte Codicille gilt, s. Fein a. a. O. S. 285 fg.

[9] L. 8 § 5 D. 29, 7. „Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum". S. andererseits auch l. 26 D. 34, 4 (Fein a. a. O. S. 246 fg.).

[10] Hierher gehört auch l. 2 § 2 D. 29, 7, welche nach den in Note [8] abgedruckten Worten so fortfährt: „Ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra, si cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intellegitur alieno servo libertas data. Et ideo, licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est". Das non im ersten Satz ist gewiß unecht im Sinne des Verfassers der Stelle; aber echt im Sinne der Compilation, die also hier mit Bewußtsein geändert hat. Dafür sprechen die Basiliken (XXXVI. 1. 3 § 2) und der Plural directae liber-

anderen Beziehungen aber hat das römische Recht die Consequenzen jener Auffassung ausdrücklich abgelehnt[11].

[Der Inhalt dieses Paragraphen kommt für das BGB. nicht in Betracht.]

4. Die Codicillarclausel *.

§ 631.

Eine besondere Art der Codicille bilden diejenigen, welche, zunächst als Testamente gemeint, als Codicille in Wirksamkeit treten kraft der Bestimmung des Erblassers, daß seine Verfügung als Codicill gelten solle, wenn sie als Testament nicht bestehen könne. Eine solche Bestimmung heißt Codicillarclausel.

1. Die Codicillarclausel verwandelt die Erbeseinsetzungen des hinfälligen Testamentes in Erbschaftsvermächtnisse[1] zu Lasten der Intestat-[2] oder der Testamentserben[3]; die Vermächtnisse bleiben als

---

tates im Schlußsatz. Die zweite Entscheidung kann im heutigen R. selbst nicht analogisch angewendet werden; denn das Vermächtniß gibt (nach Justinianischem R.) actio in rem, wenn die vermachte Sache auch nur zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Eigenthum steht.

[11] S. l. 7 § 1 D. 29, 7; l. 2 pr. § 1 D. 29, 7; l. 14 pr. D. 29, 7; l. 8 § 4 D. 29, 7, l. 17 § 4 D. 29, 1; l. 4 D 29, 7, l. 7 pr. D. 40, 9; l. 1 C. 7, 2. Einen Versuch, ein Princip aufzustellen, macht l. 7 § 1 D. 29, 7. „Praeterea in illis, quae non iuris sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmatio scriptum fuisset". S. auch l. 1 C. 7, 2. „Si codicillos maior viginti annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est: nec enim potestas iuris, sed iudicii consideratur". Aber wenn nach dieser Regel z. B. das Codicill eines Stummen aufrecht erhalten wird, welcher zur Zeit des Testamentes im Besitz der Sprache war (l. 8 § 3 D. 29, 7): warum gilt das Gleiche nicht auch für das Codicill des paganus, welcher zur Zeit des Testamentes Soldat war (l. 17 § 4 D. 29, 1, l. 8 § 4 D. 29, 7)? Uebrigens zeigt l. 14 pr. D. 29, 7 daß in Betreff der Tragweite der codicillarrlichen Fiction eine Controverse zwischen den Sabinianern uud den Proculianern bestand. — Vgl. auch noch l. 12 pr. D. 22, 3 in Verbindung mit l. 34 § 3 D. 30. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 212 fg. — Ueber den von Neueren gemachten Versuch, die codicillarrliche Fiction für die Frage nach der Form der bestätigten Codicille zu verwerthen, s. § 628 [15].

* Roßhirt I S. 45—66. Fein XLV S. 184—364. Vangerow II § 527. Sintenis II § 208 Nr. I. 4. [Euler (§ 662* S. 29 fg.)]

§ 631. [1] L. 88 § 17 D. 31. Vgl. l. 2 § 4 D. 29, 7, l. 1 C. 6, 36, auch l. 12 § 1 D. 28, 3, l. 19 § 1 D. 29, 1.

[2] An diesen Fall denkt man gewöhnlich, oder doch häufig, allein. Vgl. Fein XLV S. 263.

[3] Und zwar kann das Testament, aus welchem geerbt wird, dem mit der Codicillarclausel versehenen ungültigen nicht bloß vorhergehen, sondern auch nachfolgen. Vgl. Fein XLV S. 264 fg., Mayer § 23 nach [13]. Fein S. 265 fg.

solche aufrecht[4]. Uebrigens braucht sich die Codicillarclausel nicht auf die sämmtlichen im Testament enthaltenen Verfügungen zu beziehen[5].

2. Durch die Codicillarclausel werden die Verfügungen des Testaments nur insoweit aufrecht erhalten, als sie zur Geltung gelangt sein würden, wenn sie von vorn herein so getroffen worden wären, wie sie aufrecht erhalten werden sollen. Daher werden sie namentlich nicht aufrecht erhalten, wenn das Testament auch nicht der Codicillarform genügt, oder wenn dem Erblasser die Testamentsfähigkeit fehlt[6]. Insoweit sie aber dem bezeichneten Erforderniß genügen, werden sie aufrecht erhalten, und daher namentlich auch dann, wenn das Testament durch die Ausschlagung des Eingesetzten hinfällig wird[7]. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, wo das Testament ungültig ist wegen Verletzung des Pflichttheils[8]; in diesem Falle werden die in dem Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen trotz der Codicillarclausel ganz rescindirt, nicht bloß soweit sie den Pflichttheil verletzen[9]. Jedoch kann auch in diesem Falle der Ein-

---

zieht auch die Fälle hierher, wo ein gültiges Testament ein später zu errichtendes oder früher errichtetes ungültiges bez. ungültig werdendes bestätigt, von welchem letzteren Fall l. 12 § 1 D. 28,3 und l. 19 pr. § 1 D. 29, 1 handeln. Jedoch ist für diese Fälle die zutreffendere Auffassung die, daß der Inhalt des ungültigen Testamentes als in das gültige aufgenommen gilt, woraus sich als praktische Consequenz ergibt, daß der Inhalt des ungültigen Testamentes auch dann aufrecht erhalten wird, wenn es nicht einmal der Codicillarform genügt (vgl. zu Note [6]).

[4] Zu Lasten der Erbschaftsvermächtnißnehmer, oder, wenn die Erbeseinsetzung auch als Erbschaftsvermächtniß nicht aufrecht bleibt (z. B. der Eingesetzte ist vor dem Erblasser gestorben), der Erben.

[5] Vgl. l. 13 D. 5, 2. Fein XLV S. 276, Mayer § 23 [9. 20].

[6] Vgl. im Allgemeinen Fein S. 296 fg., Mayer § 24—26.

[7] Er kann die Erbschaft als Vermächtnißnehmer in Anspruch nehmen, obgleich er sie als Erbe zurückgewiesen hat. Mayer § 28 [1]. Wenn der Eingesetzte vor der Antretung stirbt, so können aus seiner Person seine Erben das Erbschaftsvermächtniß in Anspruch nehmen. Fein S. 308 fg., Mayer § 24 a. E.

[8] Vgl. zum Folgenden: Francke R. der Notherben § 33. Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XXXV S. 364—373. XXXVII S. 368. 373. Degener ZS. f. CR. u. Pr. XVIII S. 403 fg. Grippelmann Entscheidungen &c. II S. 334 fg. Fein XLV S. 322—348. Mayer § 25—27. Vangerow II § 527 Anm. 2 Nr. 1. Sintenis III § 208 [10]. Sf. III. 355, V. 205, VIII. 70, XXVIII. 43.

[9] Darüber, in welchem Maße die dem Notherben auferlegten Vermächtnisse rescindirt werden, s. § 634 [11]. Der aufgestellte Satz ergibt sich aus l. 13 D. 5, 2, l. 36 D. 32. Er wird in diesen Stellen auf den „color insaniae“ (§ 578 [2]) gestützt; doch ist dieß eine rein äußerliche Erklärung, da die Fiction der insania ja nicht unbedingt durchgeführt wird (§ 584 [7]). Das Innerliche ist der Gedanke,

gesetzte sich den Vortheil der Codicillarclausel dadurch sichern, daß er aus dem Testamente nicht antritt[10]. Es ist übrigens dem Erblasser unbenommen, die heilende Kraft der Codicillarclausel auf bestimmte Ungültigkeitsgründe zu beschränken oder ihr bestimmte Ungültigkeitsgründe zu entziehen[11].

3. Der im Testament Bedachte muß sich entscheiden, ob er sich auf das Testament oder auf die Codicillarclausel berufen will; von der einmal getroffenen Wahl kann er nicht mehr zurücktreten[12]. Jedoch bindet ihn erst die in der Klage bez. Klagebeantwortung enthaltene Erklärung[13]. Ausnahmsweise werden durch die getroffene

---

daß die Strenge der Behandlung einer als Testament gemeinten Pflichttheilsverletzung durch ihre Conversion in ein Vermächtniß nicht soll gemindert werden können. Deßwegen darf man auch nicht mit Mayer § 25 [11. 12] und Brinz 2. Aufl. III S. 115 daran zweifeln, ob der Satz auch nach neuestem R. noch gilt. Sf. XLI. 28 (RG.), RG. XIV S. 190. — Der Satz gilt aber auch nur für die querela inofficiosi testamenti, von welcher die genannten Stellen allein handeln, und wer daher nach neuestem R. Nichtigkeit des das Notherbenr. verletzenden Testamentes annimmt (§ 591. 592), darf ihn für dieses neueste R. allerdings nicht behaupten. So auch die herrschende Meinung, vgl. auch l. 24 § 11 D. 40, 5. Sf. III. 355, V. 205, VIII. 70, X. 274, XXXIII. 240, RG. XI S. 230. [Sf. XLVIII. 48, RG. XXXVII S. 151 fg., vgl. Sf. LIII. 19.] A. M. Mühlenbruch und Fein a. a. OO. aus verschiedenen Gründen, Letzterer mit Berufung auf l. 2 D. 32 und l. 31 C. 6, 42; dagegen Degener, Mayer, Vangerow a. a. OO. Wie Fein Wendt S. 869. A. M. auch Sf. XIX. 247.

[10] S. § 584 [12]. Vangerow a. a. O. unter lit. a, Fein XLV S. 344, Schröder Notherbenr. S. 442.

[11] Es kann dieß auch stillschweigend geschehen. So ist z. B. im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erblasser sein Testament auch für den Fall des Widerrufs habe aufrecht erhalten wollen. Fein XLV S. 304—308, Mayer § 24 [10-17]. Ferner machen die Meisten derjenigen, welche die Codicillarclausel auch im Fall der Verletzung des Notherbenr. wirken lassen, mit gutem Grund eine Ausnahme für den Fall, wo der Erblasser den Notherben gar nicht gekannt hat. Vgl. Francke R. der Notherben S. 418 fg., Fein XLV S. 355 fg., Mayer § 26. 27, Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E. [A. M. RG. XXXVII S. 151 fg.]

[12] L. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 36. J. A. Seuffert Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel (1828). Fein XLV S. 279—297. Mayer § 23 von Note [14] an. APraktRW. V S. 92—101.

[13] Dieß ist bestritten; Andere, so namentlich Fein, halten auch eine anderweitige Erklärung für bindend. Vgl. Fein a. a. O. S. 285 [20]. Aber in dem Gesetz ist nur von der Klage die Rede. Man beruft sich zwar auf die Worte: „ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel nuncupationem ceterasque similis postulaverit aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet“. Aber gerade in diesen Worten ist ja auf etwas von der Erbittung der bonorum possessio Verschiedenes und ihr Nachfolgendes als das Entscheidende hingewiesen; vgl. die Worte vorher: „ab ipsis intentionis exordiis utrum velit

Wahl nicht gebunden Ascendenten und Descendenten bis zum vierten Grad agnatischer und dritten Grad cognatischer Verwandtschaft[14].

4. Die Codicillarclausel bedarf keiner Form des Ausdrucks, und namentlich ist der Gebrauch des Wortes Codicill nicht erforderlich[15]. Aber die Codicillarclausel versteht sich nicht von selbst; ein irgend welcher Ausdruck des Willens, daß der Inhalt des Testamentes auf dem Vermächtnißwege aufrecht erhalten werden solle, ist unerläßlich[16]. Von diesem Satze gibt es jedoch Ausnahmen, von denen zwei bereits § 561 Note 3 und § 565 Note 6 bezeichnet worden sind; die dritte ist, daß ein Testament, durch welches ein Ascendent die Erbfolge seiner Descendenten ordnet, auch ohne Codicillarclausel als Codicill aufrecht erhalten wird[17].

---

eligendi habeat potestatem". Allerdings wird in der ursprünglichen Fassung der Stelle (l. 7 C. Th. 4, 4) zum Vergleich auf Fälle hingewiesen, in denen schon eine außergerichtliche Erklärung bindet; allein eine Analogie ist zwischen Wahl und Wahl auch bei verschiedener Qualität derselben. Sf. XXXI. 250. — Zu weit aber geht man, wenn man nur die Wahl des Klägers, nicht auch die des Beklagten für bindend erklärt, wie Mühlenbruch Rliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 280 Nr. 2 und das Erk. des OAG. zu Celle bei Sf. VIII. 71 thun; das ist Buchstabeninterpretation. Dagegen namentlich Seuffert a. a. O. — Noch unrichtiger ist es, das Wahlr. erst mit dem Verluste des ersten Processes zu Grunde gehen zu lassen, worauf das OAG. zu Kiel bei Sf. V. 204 die Entscheidung gründet, daß eventuelle Cumulation beider Ansprüche in derselben Streitschrift zulässig sei. [Für die verbindliche Kraft jeder bestimmt abgegebenen Wahlerklärung: RG. XLI S. 169 fg.]

[14] L. 8 § 2 C. 6, 36. Vgl. I § 56a [9] und Fein XLV S. 295 fg. (gegen Sintenis § 208 [18]). Die Stelle spricht unmittelbar nur von dem Fall, wo zuerst das Testament geltend gemacht worden ist; es ist unbedenklich, sie ihrem Sinn nach auch auf den entgegengesetzten Fall zu beziehen. Fein S. 291, Mayer § 23 [17].

[15] L. 3 D. 29, 1, l. 1 D. 29, 7, l. 8 § 1 C. 6, 36, l. 11 C. 7, 2; l. 29 § 1 D. 28, 1, l. 88 § 17 D. 31. L. 29 § 1 cit. „Ex his verbis, quae scriptura paterfamilias addidit: ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, videri eum voluisse omnimodo valere ea quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset". Die in l. 88 § 17 cit. erwähnte Verfügung lautet: „L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas". S. Sf. XVII. 266. Ueber die s. g. clausula ceterata („bafern aber et cet.") s. Dernburg III § 95 [7].

[16] L. 1 D. 29, 7, l. 8 § 1 C. 6, 36, l. 41 § 3 D. 28, 6, l. 29 pr. D. 28, 1, l. 11 § 1 D. 32, l. 11 C. 7, 2. Dieß ist im Princip jetzt allgemein anerkannt, während früher die gegentheilige Meinung sehr verbreitet war. Fein XLV S. 191 fg., Mayer § 23 [4. 5]. [Sf. XLVIII. 42.]

[17] L. 26 C. 3, 36, vgl. l. 1 C. Th. 2, 24. Fein XLV S. 227 fg. [RG. XXXV S. 132 fg.] — Ueber l. 38 D. 40, 5 s. Fein XLV S. 254 fg.

[Das BGB. kennt keine Codicillarclausel, weil es keine Codicille und kein Universalvermächtniß kennt. Die entfernte Möglichkeit, daß ein Erblasser statt zur Nacherbeseinsetzung zu greifen, vielmehr anordnet, der Erbe solle an einen Dritten die Erbschaft veräußern nach Art der §§ 2371 fg., ist anzuerkennen. Der Erblasser kann also auch auf den Gedanken kommen, anzuordnen, daß eine Erbeseinsetzung für den Fall ihrer Unwirksamkeit in eine Verfügung dieser Art verwandelt werden soll. (Vgl. § 2103, Mot. V S. 84). Wenn dieß den Sinn hat, daß dem Erben, der als solcher ausgeschlagen hat, der Nachlaß im Wege eines solchen Vermächtnisses nochmals anfallen soll, so mag das in besonderen Fällen praktisch bedeutsam sein, weil der Bedachte zur Annahme eines derartigen Vermächtnisses denkbarer Weise einmal mehr Neigung haben kann, als zur Annahme der Erbschaft. Gegen Ungültigkeiten der Verfügung dagegen kann der Erblasser sich durch jene Clausel nach Lage des bürgerlichen Rechtes nur in einem Falle schützen wollen, wenn er nämlich einen noch nicht Erzeugten zum Erben einsetzt und daran denkt, daß derselbe möglicher Weise auch zur Zeit seines Todes noch nicht erzeugt sein könnte. Für diesen Fall aber braucht der Erblasser jene Clausel nicht, da die Einsetzung hier auf dem besseren Wege der Nacherbeseinsetzung von selbst aufrecht erhalten wird (2101).]

5. Vermächtniß durch Vertrag.

§ 632.

Nach heutigem Recht kann ein Vermächtniß auch durch Vertrag errichtet werden[1], und nicht bloß in einem Vertrage, in welchem zugleich ein Erbe ernannt wird (Erbvertrag), sondern auch in einem Vertrag, durch welchen nur Vermächtnisse vergeben werden (Vermächtnißvertrag). Für den Vermächtnißvertrag verlangt die herrschende Meinung so wenig wie für den Erbvertrag irgend welche Form[2].

[Vgl. oben S. 316 fg.]

C. Die Vermächtnißverfügung selbst.

1. Erfordernisse ihrer Gültigkeit.*

§ 633.

Für die Gültigkeit der Vermächtnißverfügung gelten im Allgemeinen die gleichen Grundsätze, wie für die Gültigkeit der Erbeseinsetzung (§ 545—548).

---

§ 632. [1] [Sf. XLV. 257. XLVI. 32.] Nach r. R. ist die vertragsmäßige Zusicherung eines Vermächtnisses ebenso unverbindlich, wie die vertragsmäßige Zusicherung der Erbschaft. Vgl. § 529 [2].

[2] Vgl. über den Vermächtnißvertrag, welcher, wie der Erbvertrag, in diesem Lehrbuch nur genannt, nicht im Detail erörtert werden kann, Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen S. 73—84, Arndts XLVII S. 440 fg., Kugelmann Gemeinrechtliche Begründung des particulären Erbvertrages, Erlangen

1. Die Vermächtnißverfügung muß echt sein, d. h. sie muß wirklich vom Erblasser herrühren. Die Vorschrift des Libonianischen Senatsbeschlusses gilt auch für Vermächtnisse[1].

[Vgl. ob. S. 229. 224.]

2. Die Vermächtnißverfügung muß verständlich sein[2]. Mehrdeutigkeit schadet, wenn sie die Person des Bedachten[3] oder des Beschwerten[4] im Ungewissen läßt; sie schadet nicht, wenn sie sich auf den Gegenstand des Vermächtnisses[5] bezieht. Erläuterungen und nähere Bestimmungen des Erblassers müssen berücksichtigt werden, wenn sie auch nicht mit der Vermächtnißform versehen sind[6]. Die Auslegung des Richters hat, wie bei allen letztwilligen Verfügungen, freiere Hand[7].

[Das BGB. läßt bei Mehrdeutigkeit in Bezug auf die Person des Bedachten gleiche Theilung eintreten (2073). Hat der Erblasser undeutlich gelassen, wer beschwert sein soll, so gilt das Vermächtniß nach § 2147 S. 2 als dem Erben auferlegt; wenn aber feststeht, daß dieser nicht der Beschwerte sein sollte,

---

1877, bei welchen Schriftstellern auch die fernere Literatur angegeben ist. Stobbe V § 312. [[Schiffner der Vermächtnißvertrag nach österr. R. mit Berücksicht. des gem. R. u. s. w. Leipz. 1891.]] Sf. XII. 279, XXII. 41, XXIV. 48, XXVIII. 41, XXXI. 154, XXXIII. 317, XXXV. 142. RG. XXI S. 188. Vgl. auch XXIX 249.

* Die Erfordernisse der Gültigkeit des Vermächtnisses, welche sich nicht auf die Vermächtnißverfügung als solche, sondern auf die bei dem Vermächtniß in Betracht kommenden Personen und auf die Form seiner Errichtung beziehen, sind im Vorhergehenden (§ 624 fg.) bereits erörtert worden.

[1] S. § 546, 2. § 633.

[2] L. 73 § 3 D. 50, 17. „Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent". L. 2 D. 34, 8. Eine Unvollkommenheit der Verfügung, welche sie nicht unverständlich macht, schadet nicht. L. 106 D. 30, l. 67 § 9. l. 77 § 20 D. 31, l. 10 C. 6, 42. Arndts XLVII S. 383 fg.

[3] L. 3 § 7 D. 34, 4, l. 10 [11] pr. l. 27 [28] D. 34, 5, l. 33 § 1 D. 35, 1. Es ist aber dem Beschwerten unbenommen, das Vermächtniß gegen gehörige Sicherheit dennoch zu erfüllen und den Prätendenten zu überlassen, ihren Streit unter sich auszugleichen. Hiervon handelt l. 8 § 3 D. 31, vgl. Arndts XLVI S. 449 fg.

[4] A. M. Mayer § 30 [14], welcher glaubt, daß das Vermächtniß von den mehreren in Betracht kommenden Personen zu gleichen Theilen zu tragen sei. Aber es leuchtet nicht ein, warum das Princip, welches der Entscheidung des vorigen Falls zu Grunde liegt (l. 3 § 7 D. 34, 4 *cit.*: „si non appareat, cui datum sit, dicemus, neutri legatum"), nicht auch hier zur Anwendung kommen soll. S. auch Arndts XLVII S. 385 fg.

[5] Das Vermächtniß hat jedenfalls einen der möglichen Inhalte, und der Beschwerte muß jedenfalls das Mindere leisten. L. 32 § 1. l. 37 § 1. l. 39 § 6 D. 30.

[6] L. 21 § 1 D. 28, 1. Vgl. über diese Stelle Mayer § 30 [16].

[7] S. I § 84 [7. 11]. Vgl. l. 50 § 3 D. 30, l. 75. 95 D. 32.

sondern ein Vermächtnißnehmer, und nun nicht zu ermitteln ist, welcher unter mehreren, so ist das Vermächtniß für nichtig zu halten. Für den Fall, daß der Vermächtnißgegenstand weder vom Erblasser bestimmt bezeichnet, noch nach dessen Anordnungen zu ermitteln ist, hatte E. I. § 1847 die Nichtigkeit des Vermächtnisses vorgesehen; die II. Commission strich diese Bestimmung ohne Angabe von Gründen (Prot. S. 6881), man kann aber nur annehmen, daß sie die Vorschrift für überflüssig hielt. Daß zur Auslegung letztwilliger Verfügungen auch Aeußerungen des Erblassers verwerthet werden dürfen, die außerhalb der Verfügungen selbst liegen, kann nicht zweifelhaft sein. S. noch § 2084.]

3. Eine bestimmte Art und Weise des Ausdrucks ist für die Vermächtnißverfügung nicht vorgeschrieben[8]; selbst Zeichen genügen[9]. Nicht einmal ausdrückliche Erklärung des Vermächtnißwillens ist erforderlich; es reicht hin, daß derselbe aus den übrigen Anordnungen des Erblassers oder aus den Umständen, unter welchen sie getroffen sind, mit Sicherheit erkannt werden könne[10]. Es ist auch zulässig, in Betreff des Inhalts des Vermächtnißwillens auf eine anderweitig vom Erblasser abgegebene oder abzugebende Erklärung zu verweisen, welche Erklärung dann für sich keiner Form bedarf (s. g. mystisches Vermächtniß)[11].

---

[8] Seit l. 21 C. 6, 37. Früher setzten die Legate verba imperativa oder directa voraus, während das Eigenthümliche der Fideicommisse in der indirecten Form der Anordnung bestand. Ulp. XXIV, 1, Gai. II, 249, § 3 I. 2, 24. — Vgl. im Einzelnen: l. 118 D. 30 („scio hereditatem meam restituturum te Titio" vgl. l. 39 pr. D. 32), l. 67 § 10 D. 31 („non dubitare se, quodcunque uxor eius cepisset, liberis suis redditurum"), l. 108 § 14 D. 30 (Auflage der Freilassung „acceptis centum"), l. 2 C. 6, 45 (Aufl. mit ut, vgl. l. 8 § 5 D. 2, 15, l. 3 § 5. 6 D. 37, 5, l. 92 D. 35, 1, l. 75 D. 35, 2, l. 7. l. 48. l. 51 § 2 D. 40,5 Windscheid Voraussetzung S. 171 fg., Erxleben condictiones sine causa II S. 296 fg.), Paul. sentent IV, 1, 5, l. 69 pr. D. 31 l. 11 § 4. l. 37 § 4 D. 32 („contentus sis centum aureis"); andererseits l. 11 § 2 D. 32, l. 12 C. 7, 4. Sf. II. 206, V. 207.

[9] L. 21 pr. D. 32. „Nutu etiam relinquitur fideicommissum . .". L. 22 C. 6, 42: — „sine scriptura, immo etiam nutu, fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est". Arndts XLVII S. 311 fg.

[10] L. 18 [17] pr. D. 36, 1, l. 114 § 6 D. 30; l. 76 [74] pr. D. 36, 1; l. 69 pr. D. 32 (zweite Verfügung), l. 35. 79 [78] pr. D. 28, 5, l. 17 D. 29, 1; l. 30 [29] D. 36, 1, § 3 I. 2, 17; l. 114 § 14 D. 30, l. 69 § 3. 4 D. 31, vgl. überhaupt § 625 [18]; l. 77 D. 30, l. 37 § 3 D. 32, vgl. l. 108 § 13 D. 30 (Arndts XLVII S. 185 fg.); l. 10 D. 8, 2, l. 44 § 9 D. 30, l. 15 § 1 D. 33, 2. Vgl. § 552 [5. 6], § 553 [8], § 554 [19], § 555 [4], § 561 [3]. Mayer § 30 [7], Arndts XLVII S. 404 fg. Sf. VII. 74. 209. RG. X S. 118.

[11] S. § 628 [18] und Mayer § 30 hinter Note [19], Arndts XLVII S. 389 fg. [RG. XXXI S. 168, vgl. ob. § 546 [10].]

[Nach BGB. muß das Vermächtniß formrichtigen mündlichen oder schriftlichen Erklärungen des Erblassers unmittelbar oder durch Auslegung entnommen werden können. Zeichen genügen nicht (S. ob. S. 223 fg. bes. S. 225 unter 3 b. Auch mystische Vermächtnisse kennt das BGB. nicht; vgl. ob. S. 230 fg.]

4. Die Vermächtnißverfügung muß den wirklichen Willen des Erblassers enthalten[11a]; sagt sie etwas Anderes, als gewollt ist, so gilt weder das Gesagte noch das Gewollte[12]. Sagt sie, was gewollt ist, so schadet eine hinzugefügte falsche Bezeichnung des Vermächtnißnehmers oder des vermachten Gegenstandes nicht[13]. Bloße Ungenauigkeit der Bezeichnung schadet nicht[13].

[Vgl. ob. S. 240 fg.]

5. Die Vermächtnißverfügung muß den vollständigen Willen des Erblassers enthalten; eine unfertige Verfügung gilt auch nicht soweit sie reicht[14].

[Vgl. ob. S. 231 fg.]

6. Der Vermächtnißwille muß die gehörige Bestimmtheit haben. Nach diesem Gesichtspunkt ist ungültig nicht bloß dasjenige Ver-

---

[11a] Simulation: Sf. XXXIX. 28.

[12] L. 3 D. 34, 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur". L. 9 § 1 D. 28, 5. „Et si in re quis erraverit, utputa, dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit hoc, sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit". L. 4 pr. D. 30.

[13] Falsche Bezeichnung im Gegensatz zur Nichtbezeichnung: § 29 I. 2, 20. „Si . . in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; . . nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest". L. 4 pr. D. 30, l. 7 § 1 C. 6, 37, l. 4 C. 6, 23. Im Allgemeinen: falsa demonstratio non nocet, § 30 I. 2, 20, l. 35 § 1. 2 D. 32, l. 27 [28] D. 34, 5, l. 17 pr. § 1. l. 33 pr. l. 34. l. 40 § 4 D. 35, 1. S. andererseits l. 4 pr. D. 30, l. 7 § 2. l. 10 D. 33, 10. L. 4 pr. cit.: — „si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat, suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia". Natürlich ist hier die Grenze eine flüssige, und der Richter darf der Besonderheit des Sprachgebrauchs des Verfügenden freigebige Zugeständnisse machen. S. I § 84 [6]; im Einzelnen: l. 69 § 1 D. 32, l. 9 pr. D. 33, 6, l. 18 § 3 D. 33, 7. Vgl. Savigny III § 139, [b. 1.], Unger II § 89 [27 30], Leonhard Irrthum S. 330 fg. (dazu Lotmar kr. VJS. XXVI S. 226 fg.), Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 18 fg., Dernburg III § 77 [9]. S. auch noch l. 14 C. 6, 24.

[14] Daß die Quellen diesen Satz nicht auch für Vermächtnisse aussprechen, wie sie es für Erbeseinsetzungen thun (§ 546 [18]), ist bloßer Zufall.

mächtniß, welches der Freiheit des Beschwerten einen so großen Spielraum läßt, daß derselbe gar nicht gebunden ist[15], sondern auch[16] das auf den nackten Willen eines Dritten gestellte Vermächtniß, mag dieser Wille darüber entscheiden sollen, ob überhaupt[17] oder

[15] Im Einzelnen: a) ungültig ist das Vermächtniß unter der Bedingung des Wollens des Beschwerten, während das Vermächtniß unter der Bedingung einer Handlung des Beschwerten oder unter der Bedingung seines vernünftigen Ermessens vollkommen gültig ist. Von diesem Satz ist bereits I § 93 gehandelt worden. b) Ebenso ist ungültig das Vermächtniß, welches die Bestimmung des Gegenstandes des Vermächtnisses schlechthin dem Willen des Beschwerten überläßt (l. 69 § 4 D. 23, 3: „fundus", l. 71 pr. D. 30: „domus simpliciter legata"); anders auch hier, wenn die Entscheidung auf das vernünftige Ermessen des Beschwerten gestellt ist, und anders ferner dann, wenn er aus einem Kreise von Sachen eine Auswahl treffen soll, s. z. B. l. 84 § 9. l. 109 § 1. l. 110 D. 30. Vgl. § 655 [8]. c) Nicht minder ist ungültig das Vermächtniß an eine von dem Beschwerten zu bestimmende Person, gültig dagegen das Vermächtniß an eine Person, welche er aus einem bestimmten Kreis von Personen auswählen soll, in welchem Fall, wenn er die Auswahl nicht trifft, die sämmtlichen diesem Kreis angehörenden Personen forderungsberechtigt sind, s. § 625 [12] und l. 7 § 1 D. 34, 5. Daß auch gültig sei das Vermächtniß an eine durch das vernünftige Ermessen des Beschwerten zu bestimmende Person, erkennen die Quellen nicht an, offenbar in der Annahme, daß es nicht denkbar sei, daß das vernünftige Ermessen im gegebenen Fall gerade auf eine bestimmte Person mit zwingender Nothwendigkeit hinweisen werde, so daß irgend Jemand als vermächtnißberechtigt auftreten könnte. d) Nicht ungültig ist das Vermächtniß, welches die Zeit der Entrichtung in das Belieben des Beschwerten stellt, l. 11 § 6. l. 41 § 13 D. 32, vgl. I § 93 [4]. Ueberhaupt: Arndts XLVI S. 345—355.

[16] Nach älterem r. R. gehörte ferner hierher das Vermächtniß an eine durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmende Person, so wie an einen postumus alienus. Das eine und das andere Vermächtniß ist aber durch Justinian für gültig erklärt worden. Gai. II, 238. 287, Ulp. XXIV, 18, § 25. 26 I. 2, 20. Vgl. § 547 [2] und Arndts a. a. O. S. 391 fg.

[17] L. 52 D. 35, 1. „Nonnumquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intellegi potuissent nec essent offutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: ‚Titio decem do lego, si Maevius capitolium ascenderit'. Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: 'si Maevius voluerit, Titio decem do': nam in alienam voluntatem legatum conferri non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent". Einen Widerspruch gegen diese Stelle enthält nicht l. 1 pr. D. 31, welche vollkommen die Auslegung verträgt, daß das Vermächtniß gültig von der Handlung eines Dritten abhängig gemacht werden könne; nicht auch l. 46 § 2 D. 40, 5, welche nicht von Vermächtnissen, sondern von Freilassungen handelt, und ausdrücklich mit der Freilassung: si Seius voluerit das Vermächtniß: si Titius Capitolium ascenderit parallelisirt; und nicht wahrscheinlich ist, daß einen Widerspruch gegen sie l. 43 § 2 D. 30 enthalte, wenn man nämlich bedenkt, daß zur Zeit des Verfassers dieser Stelle, Ulpian's, der Satz: certum debet esse consilium testantis im Uebrigen in voller Geltung stand, und daß Ulpian selbst ihn vorgetragen

darüber, Wem oder Was vermacht sein soll[18]. Dagegen ist es nicht unzulässig, die Entscheidung der einen und der anderen Frage dem vernünftigen Ermessen eines Dritten[19], nicht unzulässig auch, die Wahl unter mehreren Möglichkeiten einem Dritten schlechthin zu überlassen[20]. — Wegen Unentschiedenheit des Willens ist das Vermächtniß ungültig, wenn der Erblasser über seine Fähigkeit, ein Vermächtniß zu hinterlassen, im Ungewissen ist[21].

[Nach BGB. kann der Erblasser dem Beschwerten oder einem Dritten die Wahl des Vermächtnißnehmers aus einer vom Erblasser begrenzten Mehrheit überlassen (2151. 2152; dazu ob. S. 549); ohne solche Begrenzung kann er dagegen die Wahl dem Beschwerten oder einem Dritten auch dann nicht überlassen, wenn die Wahl nach vernünftigem Ermessen getroffen werden soll. Der Erblasser kann

---

und aus demselben die Consequenz gezogen hat, daß das Vermächtniß an eine durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmende Person ungültig sei (Ulp. XXII, 4). Wenn daher andererseits auch anerkannt werden muß, daß es bisher nicht gelungen ist, eine vollkommen befriedigende Erklärung der l. 43 § 2 cit., durch welche der Widerspruch beseitigt wird, zu finden, so kann doch keinenfalls in dieser Stelle der Ausdruck des eigentlichen Gedankens des r. R. gefunden werden; s. auch l. 69 [68] D. 28, 5. Vgl. I § 93 [5]. Unger Jahrb. für Dogm. XXV S. 334 fg. Arndts XLVI S. 355 fg. ist geneigt, in Widerspruch mit der herrschenden Meinung das umgekehrte Ergebniß aus den Quellen zu schöpfen. Gegen denselben F. Serafini Arch. giur. III p. 166 sqq. Wie Arndts Dernburg III § 76 [6].

[18] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber darf nicht bezweifelt werden. Was den Gegenstand des Vermächtnisses angeht, so hat der Wille, welcher über diesen zu entscheiden hat, in der That auch über die Existenz des Vermächtnisses zu entscheiden, da er einen Gegenstand wählen kann, der sich von einem Garnichts nur dem Namen nach unterscheidet. Was die Person des Bedachten angeht, vgl. die § 547 [2] abgedruckte l. 32 pr. D. 28, 5. — In Betreff der Person des Beschwerten entscheidet der zu Note [20] bezeichnete Gesichtspunkt. — In Betreff der Höhe des Vermächtnisses geht weiter das Urtheil bei Sf. XXXIX. 314. RG. XXI S. 190.

[19] Was die Frage des Ob angeht, s. l. 75 pr. D. 30, l. 11 § 7 D. 32. Diese Stellen handeln zwar nur von der Bedingung des Ermessens des Beschwerten; aber mit einer solchen Bedingung gibt der Erblasser die eigene Entscheidung nicht minder aus der Hand, als mit der Bedingung des Ermessens eines Dritten. In Betreff des Gegenstandes s. l. 1 § 1 D. 31. Für die Person des Vermächtnißnehmers läßt sich ein Quellenzeugniß nicht beibringen; aber es leuchtet nicht ein, warum dem Erblasser in Betreff der Bestimmung des Empfängers nicht erlaubt sein sollte, was ihm in Betreff der Bestimmung des zu Empfangenden nicht verboten ist; um so weniger leuchtet dieß ein, als er ja die Bestimmung der Person des Empfängers selbst dem Zufall überlassen kann ([16]). Sf. XXXI. 351.

[20] S. Note [15 bei b. u. e.] in Verbindung mit dem in der vorigen Note zu Anfang Gesagten. — Ueber die Frage, ob nicht die römischen Beschränkungen vollständig durch das c. R. beseitigt worden seien, s. § 547 [3].

[21] L. 1 pr. D. 32.

den Vermächtnißgegenſtand alternativ beſtimmen (2154; dazu unt. zu § 661); er kann ihn generiſch beſtimmen (2155; dazu unt. zu § 655); er kann bei Vermächtniß an Mehrere die Vertheilung dem Beſchwerten oder einem Dritten übertragen (2153; dazu ob. S. 548); er kann endlich, wenn er den Zweck des Vermächtniſſes beſtimmt, die Beſtimmung der Leiſtung dem billigen Ermeſſen des Beſchwerten oder eines Dritten überlaſſen; dann finden §§ 315—319 entſprechende Anwendung (2156). Soll der Beſchwerte beſtimmen, ſo hat er die gleiche Stellung wie die beſtimmungsberechtigte Vertragspartei. Ueber die Bedingung des Wollens oder einer Handlung des Beſchwerten oder eines Dritten gilt das ob. S. 234 Bemerkte auch hier. Den Satz zu [21] kennt das BGB. nicht.]

7. Der Vermächtnißwille darf nicht durch Zwang oder Irrthum beſtimmt worden ſein; in dem einen und dem andern Fall iſt das Vermächtniß zwar nicht nichtig, aber anfechtbar. Ein Irrthum im Motiv, welcher nicht Beſtimmungsgrund für den Willen iſt, d. h. welcher nicht von der Art iſt, daß ohne ihn nicht gewollt worden ſein würde, iſt unſchädlich[22].

[S. ob. S. 237 fg. 240 fg.]

8. Wegen Verwerflichkeit des Beſtimmnngsgrundes iſt ungültig das captatoriſche Vermächtniß[23] und das Vermächtniß zum Schimpf[24].

[S. ob. S. 242.]

9. Ueber die Ungültigkeit des Vermächtniſſes wegen ſeines Inhalts ſ. den folgenden §.

---

[22] In Betreff des erzwungenen Vermächtniſſes gibt es Quellenzeugniſſe nicht: es entſcheidet die Analogie der Erbeseinſetzung, ſ. § 548, 1. Was den Irrthum angeht, ſ. l. 72 § 6 D. 35, 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si (wenn nämlich) probetur alias legaturus non fuisse“. S. ferner l. 5 C. 6, 23; l. 27 D. 33, 2; l. 10 C. 6, 37, § 4 I. 2, 20, l. 67 § 8 D. 31; l. 11 § 16 D. 32; l. 19 D. 29, 7, l. 77 § 29 D. 31, vgl. l. 40 pr. D. 32. Arndts XLVII S. 222 fg. Ueber die Regel: falsa causa non nocet, ſ. noch § 31 I. 2, 20, l. 17 § 2 D. 35, 1 [[Pernice Labeo III S. 74]]; über die Regel: falsa demonstratio non nocet ſ. Note [13]. Vgl. § 548, 2. — Daß das Vermächtniß auch bei Unentſchuldbarkeit des Irrthums ungültig ſei, wird mit guten Gründen ausgeführt in dem Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Sſ. VII. 73.

[23] L. 64 D. 30. „Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent“. Vgl. § 548 [16] und die Citate daſelbſt. — Nach vorjuſtinianiſchem R. war auch ungültig das Vermächtniß poenae nomine, § 36 I. 2, 20, l. un. C. 6, 41. Vgl. dieſes Lehrbuch a. a. O.

[24] L. 54 pr. D. 30. „Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur“. Vgl. l. 9 § 8. l. 49 [48] § 1 D. 28, 5. Arndts XLVI S. 447, Steinfeld der Grundſatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen (Celle 1884) S. 22—25.

10. Die Ungültigkeit der Zuwendung, auf welche das Vermächtniß gelegt ist[25], hat Ungültigkeit des Vermächtnisses nicht zur Folge, wenn an die Stelle des Beschwerten ein Substituirter tritt[26], nur ausnahmsweise, wenn an seine Stelle ein Anderer kraft Anwachsungsrechts tritt[27], nur ausnahmsweise nicht, wenn ein beschwertes Vermächtniß demjenigen bleibt, zu dessen Lasten es hinterlassen ist[28].

[Nach BGB. bleibt ein Vermächtniß, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, immer wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnißnehmer wird. Beschwert ist dann derjenige, dem der Wegfall des zuerst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt (2161). Dieß kann ein Anwachsungsberechtigter, ein Ersatzerbe oder Ersatzvermächtnißnehmer, auch der gesetzliche Erbe sein, der an Stelle des Testamentserben tritt; behält ein erstes Vermächtniß der damit Beschwerte, so hat er das darauf gelegte zweite zu tragen. Gleichgültig ist, ob der Erstbeschwerte nicht Erbe oder Vermächtnißnehmer werden will, oder ob er es nicht kann; auch wenn die Verfügung zu Gunsten des Erstbeschwerten von Anfang an nichtig ist, gilt § 2161; vgl. 2085.]

2. Inhalt der Vermächtnißverfügung im Allgemeinen.

§ 634.

1. Die Vermächtnißverfügung enthält im Allgemeinen die Zuwendung eines Vortheils an den Bedachten. Dieser Vortheil ist regelmäßig ein vermögensrechtlicher Vortheil, braucht es aber nicht zu sein[1]. Auch eine Anerkennung kann den Inhalt der Vermächtnißverfügung bilden[2], selbst eine Erfüllung[2a].

---

[25] Vgl. über diesen Fall Francke Beiträge S. 122 fg. — Man bemerke, daß hier nur von der anfänglichen Ungültigkeit der beschwerten Verfügung, weil nur von den Erfordernissen des anfänglichen Bestandes der Vermächtnißverfügung, die Rede ist; im Uebrigen siehe § 639, 5. Ferner ist hier nicht die Rede von dem Fall, wo die beschwerte Verfügung die einzige im Testament enthaltene Erbeseinsetzung ist; denn in diesem Fall ist die Vermächtnißverfügung nicht als solche ungültig, sondern wegen der Ungültigkeit des Testamentes, in welchem sie enthalten ist. S. § 641.

[26] Wenn nicht ersichtlich ist, daß der Erblasser nur denjenigen hat beschweren wollen, welchen er genannt hat. L. 74 D. 30, l. 61 § 1 D. 31, l. 4 C. 6, 49. Das Gesagte stimmt nicht zu der herrschenden Meinung, welche das Gegentheil behauptet auf Grund von l. un. § 3. 9 C. 6, 51; aber s. § 603 [12], und im Besonderen Arndts XLVII S. 269 fg.

[27] S. § 603 [12], § 644 [15].

[28] L. un. § 3. 9 C. 6, 51. Die Ausnahme steht in l. 5 D. de his quae pro non scr. 34, 8 und l. 14 § 2 D. 48, 10: Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Verstoßes gegen den Libonianischen Senatsbeschluß. Vgl. noch l. 26 § 6 D. 40, 5.

[1] Die Zuwendung eines nicht vermögensrlichen Vortheils kann nur auf § 634.
dem Wege der Verschaffung eines Forderungsr. geschehen, und es macht sich

[Nach **BGB**. muß das Vermächtniß stets einen Vermögensvortheil gewähren (1939). Eine letztwillige Verfügung, in welcher der Erblasser das Recht eines Dritten zugesteht, kann als Beweismittel für dessen Existenz in Betracht kommen. Der Erblasser kann aber unzweifelhaft auch ein Vermächtniß dahin errichten, daß der Beschwerte einen Anerkennungsvertrag schließen, oder sich so behandeln lassen solle, als wenn ein gewisses Recht bestände. (Vgl. 2174; zu Note [2a] vgl. zu § 658.)]

---

daher hier die gleiche Frage geltend, welche oben II § 251 [3] für Obligationen überhaupt beantwortet worden ist. Die Schwierigkeit, welche bei den Römern der Anerkennung eines Vermächtnisses ohne Geldwerth die Unmöglichkeit einer Verurtheilung im ordentlichen Proceß entgegensetzte, ist betont in l. 114 § 8 D. 30 (Marcianus). „Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est". S. auch . 41 § 8 D. 32 (Scaevola). Aber die spätere Entwickelung hat sich über diese Schwierigkeit hinweggesetzt. L. 92 D. 35, 1 (Ulpianus). „Si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? Et retineo me dixisse defici eos a petitione fideicommissi: neque enim praetor fideicommissarius eos ad libertatem tuetur ut servos. Papinianum quoque libro nono scribere referebam non esse cogendum emancipare filios suos. Arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, (et) cogendum emancipare: neque enim debet circumveniri testantium voluntas". A. M. Arndts XLVI S. 92, Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 10. Das freie Ermessen freilich, welches a. a. O. dem Richter für die Zurückweisung eines nicht auf einen Vermögensvortheil gerichteten Forderungsr. gewahrt worden ist, darf ihm auch hier nicht verkümmert werden.

[2] Z. B. daß man Schuldner sei, oder daß man nicht mehr Gläubiger sei, daß man ein Darlehn oder die verschuldete Summe empfangen habe. Die letztwillige Anerkennung steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die unter Lebenden erklärte (II § 412a), d. h. sie verpflichtet, vorausgesetzt daß sie wirklich eine Disposition enthält, den Erben, wie sie, wenn sie unter Lebenden erklärt worden wäre, den Erblasser selbst verpflichtet haben würde; wenn sie aber im Bewußtsein der Unrichtigkeit des Erklärten abgegeben worden ist, so erhält sie den Ausdruck des Willens, das anerkannte Rverhältniß zu begründen. L. 1 C. 6, 44. „Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem eius liberare volentis debitorum manifeste ostendunt. Et ideo aut peti quod solutum est non potest aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberaretur, agendum est, nisi liquido probari possit eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse". L. 4 eod., l. 6 § 1 D. 33, 8. Vgl. Bähr Anerkennung § 51 nach [31], Unger § 72 [7], A. M. Hartmann a. a. O. (1) S. 34, weil das Vermächtniß lediglich „Rform für die Verleihung von dinglichem oder obligatorischem R." sei. Aber auch abgesehen von der Frage, ob diese Behauptung richtig ist: wird durch die Anerkennung, wie sie hier gefaßt wird, nicht ein obligatorisches R. verliehen? An Hartmann schließt sich an Krüger (§ 657 [1]) S. 23 fg. Vgl. übrigens jetzt auch Hartmann selbst ACPra. LXX S. 193 fg. — Sf. XVI. 275.

[2a] Der Erblasser vermacht seinem Gläubiger die ihm geschuldete individuelle Sache zu Eigenthum. Vgl. Hartmann ACPra. LXX S. 202 fg.

2. Der Inhalt der Vermächtnißverfügung darf nicht in Widerspruch mit Rechts- oder Sittengesetzen stehen[3]. Ist die Ausführung der Vermächtnißverfügung unmöglich[4], so ist die Regel, daß der Beschwerte frei ist, wenn die Unmöglichkeit eine objective ist[5], während er bei bloß subjectiver Unmöglichkeit den Werth des Vermachten zu leisten hat[6]. Jedoch ist diese Regel keine absolute; es kommt Alles auf Willensinterpretation an. In Folge davon kann der Beschwerte einerseits auch bei objectiver Unmöglichkeit auf den Werth des Vermachten haften[7], andererseits bei bloß subjectiver Unmöglichkeit soweit dieselbe reicht frei sein[8].

[In Betreff der Unsittlichkeit s. ebenso BGB. 138, in Betreff der objectiven Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit BGB. 2171 in Verb. mit 308. Ferner vgl. unten zu § 654.]

3. Was das Maß der Vermächtnisse angeht, so kann Niemandem Mehr an Vermächtnissen auferlegt werden, als ihm vom Erb-

[3] L. 112 § 3 D. 30. „Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid". — Eine besondere hierher gehörige Vorschrift des r. R., beruhend auf einem Senatsbeschlusse aus dem Jahre 122 n. Chr., ist, daß Bestandtheile eines Gebäudes nicht vermacht werden sollen. L. 41 § 1 — l. 43 § 1 D. 30. Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren S. 203 fg. Diese Vorschrift verfolgt einen für uns nicht mehr maßgebenden polizeilichen Gesichtspunkt, und hat daher heutzutage keine Geltung mehr.

[4] S. II § 264, 1. Vgl. Arndts XLVI S. 96 fg., Mommsen Beiträge zum Obligationenr. I S. 110 fg. 140 [1]. 155 fg. 221 fg. II S. 90 fg., Hartmann die Obligation S. 166 fg. (vgl. II § 264 [4]).

[5] Vermächtniß einer nicht existirenden Sache; vgl. l. 108 § 10 D. 30, l. 65 pr. l. 96 pr. eod., und dazu O. Müller de falsa demonstratione (akad. Programm 1861) I. p. 14 sqq. Vermächtniß einer dem Verkehr entzogenen Sache: § 4 I. 2, 20, l. 39 § 7—10 D. 30, vgl. l. 14 C. 6, 37. Vermächtniß einer Sache, welche der Bedachte nicht erwerben kann: l. 49 § 2 D. 31, l. 62 D. 41, 1. Vermächtniß einer eigenen Sache des Vermächtnißnehmers: l. 13 C. 6, 37.

[6] Vermächtniß einer Sache, welche der Beschwerte nicht erwerben kann: l. 49 § 3 D. 31. Vermächtniß einer fremden Sache: § 4 I. 2, 20. l. 39 § 7. l. 71 § 3 D. 30, l. 14 § 2. l. 30 § 6 D. 32.

[7] L. 11 § 16 D. 32, vgl. l. 49 § 1 D. 31 (dazu Pernice Parerga II S. 99 fg.), l. 112 pr. D. 30; l. 114 § 5 D. eod., vgl. Vangerow II § 525 Anm. 1 Nr. 2, aber auch Arndts XLVI S. 102 fg. Ob auch l. 40 D. 30 hierher gehört? Der befriedigendste Ausweg dieser Stelle gegenüber bleibt doch immer, zu lesen „possidendi est" statt „possidendi non est", wie jetzt auch Th. Mommsen in seiner Ausgabe thut. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1, Arndts S. 106 fg. Dernburg III § 104 [4]. — Vgl. auch noch l. 41 § 4. l. 43 pr. D. 30: Verpflichtung zur Leistung des Werthes bei Unerlaubtheit des Vermächtnisses.

[8] S. a) § 654, 2; b) l. 39 pr. l. 108 pr. D. 30, l. 8 pr. D. 31.

lasser zugewendet ist[9]. Jedoch darf sich der Erbe auf die Unzulänglichkeit der Erbschaft gegen die Vermächtnißnehmer nur dann berufen, wenn er ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet hat[10].

[S. unt. zu § 647.]

Andererseits braucht der Erbe unter dieser Voraussetzung nicht einmal den ganzen Nachlaß herauszugeben, sondern kann ein Viertel desselben für sich abziehen; hiervon wird aber, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, des Näheren erst am Schluß der allgemeinen Lehre von den Vermächtnissen gehandelt werden (§ 650 fg.).

[Besteht im BGB. nicht.]

Endlich sind die Vermächtnisse auch ungültig, soweit sie den Pflichttheil verletzen[11].

[S. ob. S. 396 fg. unter a.]

3. Nebenbestimmungen.

a. Bedingung und Befristung*.

§ 635.

1. Durch eine der Vermächtnißverfügung hinzugefügte aufschiebende Bedingung wird der Anfall des Vermächtnisses, durch eine

---

[9] § 1 I. 2, 24, l. 114 § 3 i. f. D. 30, l. 1 § 17 i. f. D. 36, 1, l. 12 C. 6, 21; l. 26 pr. l. 122 § 2 D. 30. Der Fruchtgenuß der Zwischenzeit ist mitzurechnen, nicht aber ein außergewöhnlicher durch das Vermächtniß verschaffter Vortheil. L. 114 § 3. 4 D. 30, l. 70 § 1. 2 D. 31, l. 3 § 1. l. 7 § 2 D. 32. In der vorbehaltlosen Annahme kann aber möglicherweise die Uebernahme der Verpflichtung liegen, das Vermächtniß unverkürzt zu erfüllen. L. 70 § 1 D. 31: — „haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat“. S. andererseits l. 122 § 2 D. 30. Arndts XLVII S. 287—307.

[10] Nov. 1 c. 2. Vgl. § 606 [a. 18]. Dieß gilt auch für den Fall, daß der Erblasser die Errichtung eines Inventars erlassen hat: Sf. XXXVIII. 140 (RG.), [RG. XXII S. 186 fg.] Salkowski XLIX S. 701 fg.

[11] Was die dem Testamentserben und dem Vermächtnißnehmer auferlegten Vermächtnisse angeht, s. § 582 [2]. In gleicher Weise sind ungültig die dem Intestaterben auferlegten. Ueber die Frage, ob nicht der Erbe durch den Abzug der falcidischen Quart auch für seinen Pflichttheil gedeckt ist, s. § 652 [5].

* Dig. 35, 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. Cod. 6, 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. — Roßhirt I S. 352—412. Arndts RLex. VI S. 294—295. Mayer § 32—42. Sintenis III § 211. Vangerow II § 434—438. Unger § 58.

hinzugefügte aufschiebende Befristung wird der Erwerb des vermachten Rechts bez. dessen Geltendmachung hinausgeschoben[1]. In dem einen und dem andern Fall muß aber der Beschwerte dem Bedachten Sicherheit für die künftige Erfüllung des Vermächtnisses leisten[2].

[Nach BGB. wird der Anfall der Vermächtnißforderung (nur eine solche gibt es [2174]) gleichmäßig durch Bedingung wie Befristung hinausgeschoben (2177). Eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung besteht nicht.]

Ausnahmsweise wird der Anfall des bedingten Vermächtnisses nicht hinausgeschoben, wenn die Bedingung auf ein Nichtthun des Vermächtnißnehmers gestellt ist; eine solche Bedingung gilt als erfüllt, wenn der Vermächtnißnehmer das Nichtthun verspricht und für die Wiederherausgabe des Erhaltenen im Fall des Thuns Sicherheit bestellt (Mucianische Caution)[3].

[Vgl. BGB. 2075; dazu ob. S. 260.]

Auflösende Bedingungen und Befristungen bewirken durch ihre Erfüllung Rückfall des Vermächtnisses an den Beschwerten oder Anfall desselben an den in zweiter Linie Bedachten[4]. Für die dereinstige Herausgabe muß der Bedachte Sicherheit leisten[5].

[Nach BGB. ist zu sagen: Wenn die auflösende Bedingung oder Befristung eintritt vor dem Erbfall, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses (2176) nicht. Tritt sie ein nach dem Anfall des Vermächtnisses, aber vor dessen Erfüllung, so erlischt die Vermächtnißforderung. Wenn zur Zeit der Erfüllung die auflösende Bedingung oder Befristung noch nicht eingetreten ist, so braucht der Beschwerte das Vermächtniß nur in der Weise zu erfüllen, daß in dem Erfüllungsgeschäft die auflösende Bedingung oder Befristung wiederholt wird; dann fällt kraft dieser Bestimmung der Gegenstand mit Eintritt der Bedingung oder des Termins an den Belasteten zurück. Hiervon läßt sich aber beim Vermächtniß von Geld und

---

[1] S. § 642. § 635.

[2] S. § 648 Ziff. 2.

[3] Das Nähere darüber s. § 554 [7. 8]. Mayer § 37 z. A. Brinz 2. Aufl. III S. 409 fg.

[4] So Justinian in l. 26 C. 6, 37, während nach der Auffassung des älteren R. die auflösende Bedingung und Befristung bei Legaten unzulässig war. S. I § 99 [4] § 96 [6], und speziell l. 55 D. 30, l. 44 § 1 D. 44, 7; aber auch l. un. § 3 D. 7, 8, l. 3 § 4 D. 34, 4, l. 81 § 2 D. 30. Das R. des Vermächtnißnehmers hört direct auf, nicht bloß obligatorisch; es ist kein Grund vorhanden, die l. 26 cit. anders zu verstehen. Vorausgesetzt natürlich, daß es sich nicht um ein Vermächtniß vertretbarer Sachen handelt; hier gehen die geleisteten Sachindividuen definitiv in das Eigenthum des Vermächtnißnehmers über, und er ist nur zur Erstattung in genere verpflichtet. Für die bloß obligatorische Beendigung Salkowski XLIX S. 581 fg. S. auch I § 96 [6].

[5] L 26 C. cit.

anderen verbrauchbaren Sachen kein Gebrauch machen, und dasselbe gilt zufolge § 925 bei Grundstücken. In solchen Fällen wird der Beschwerte das Vermächtniß nur gegen Uebernahme einer entsprechenden Rückleistungspflicht zu erfüllen haben. Vgl. auch § 883. Soll mit Eintritt des Termins oder der Bedingung das Vermächtniß an einen Dritten fallen, so ist dieß ein nur obligatorisch wirkendes Nachvermächtniß (2191 Abs. 1).]

In Betreff der Frage, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist im Allgemeinen zu verweisen auf das I § 91 Gesagte, hier aber noch besonders darauf anfmerksam zu machen, daß bei der Beantwortung dieser Frage immer in erster Linie auf den erkennbaren Willen des Verfügenden gesehen werden muß[6].

2. Bedingungen und Befristungen können einer Vermächtnißverfügung nicht bloß ausdrücklich hinzugefügt werden, sondern können sich auch, ohne daß sie ausgedrückt sind, aus dem übrigen Inhalt und dem Zusammenhang der Vermächtnißverfügung als gewollt ergeben[7]. Eine positive hierher gehörige Bestimmung ist, daß, wenn einem kinderlosen Descendenten die Herausgabe des ihm Hinterlassenen auferlegt ist, diese Auflage nur dann erfüllt zu werden braucht, wenn derselbe auch zur Zeit, wo er herausgeben soll, keine Kinder hat[8].

[Vgl. BGB. 2107. 2191 Abs. 2.]

[6] So ist es bei Vermächtnissen unter einer auflösenden Bedingung sehr nahe liegend, daß der Erblasser dem Vermächtnißnehmer den Genuß der Zwischenzeit habe lassen wollen.

[7] So ist es eine nahe liegende Auslegung eines mit „überdieß", „ferner" („hoc amplius", „eo amplius", „item") einer vorhergehenden bedingten Bedenkung hinzugefügten Vermächtnisses, daß dasselbe der gleichen Bedinguug habe unterworfen werden sollen. L. 68 D. 32 (vgl. l. 54 eod.), s. auch l. 108 D. 35, 1; l. 18 § 1 D. 28, 7, l. 77 pr. D. 35, 1, vgl. l. 70 eod.; andererseits l. 90 D. 30. S. ferner l. 83 D. 31, l. 17 § 3 D. 44, 4, allenfalls auch l. 24 pr. D. 34, 4, l. 95 D. 35, 1; andererseits l. 104 § 6 D. 30, l. 27 pr. D. 36, 2, l. 14 D. 40, 4, l. 56 D. 40, 5. Die Meinungen der Schriftsteller sind hier übrigens nicht in allen Punkten übereinstimmend. Vgl. v. Buchholtz Prälegate S. 281 fg. 505 fg., Mayer § 32 [5] fg., Vangerow II § 334 Anm. 2 Nr. 2, Unger § 58 [3]. — Hierher gehört auch der Satz, daß bedingte Zurücknahme eines Vermächtnisses dasselbe zu einem bedingt hinterlassenen macht. L. 6 pr. D. 36, 2. „Quod pure datum est si sub condicione adimatur, quasi sub condicione legatum habetur". L. 107 D. 35, 1: — „ex diverso quoque purum datum legatum condicionale videtur, veluti quod sub condicione ademptum est, quia sub contraria condicione datum intellegitur". L. 10 pr. l. 14 pr. D. 34, 4, l. 68 § 2 D. 30. In der That ist es nichts als ein anderer Ausdruck für die bedingte Zurücknahme, daß der Bedachte das ihm Vermachte nur dann haben solle, wenn die bezeichnete Bedingung sich nicht erfülle. Vgl. § 640 [9].

[8] L. 102 D. 35, 1, l. 6 C. 6, 25, l. 30 C. 6, 42. Vgl. Mayer § 32 hinter [16].

Darüber, daß das als Befristung Ausgedrückte möglicherweise Bedingung sein kann, s. I § 96a[9].

3. Die Frage, was zur Erfüllung einer Bedingung erforderlich ist, muß im gegebenen Fall nach dem durch Auslegung festzustellenden Willen des Erblassers beantwortet werden. Ueber einzelne hierher gehörige Fragen, so wie über positive hierher einschlagende Bestimmungen s. I § 92 und III § 554 Ziff. 2[10].

[Vgl. BGB. 2076, ob. S. 261.]

4. Unmögliche und unerlaubte Bedingungen gelten auch bei Vermächtnissen, wie bei letztwilligen Zuwendungen überhaupt, als nicht hinzugefügt; das Nähere darüber s. I § 94[11].

[Vgl. ob. S. 261 unter 3.]

Ueber die auf den Willen des Beschwerten oder eines Dritten gestellten Bedingungen s. § 633 Ziff. 6. Die Bedingung des Wollens des Bedachten bewirkt, daß der Anfall des Vermächtnisses erst mit der Erklärung des Bedachten eintritt[12].

[Der letzte Satz ist auch für das BGB. anzuerkennen, falls der Erblasser wirklich nicht bloß bezweckte, die Ausschlagungsbefugniß der Bedachten hervorzuheben.]

b. **Voraussetzung.**

§ 636.

Die Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher eine Vermächtnißverfügung gemacht worden ist[1], bewirkt nicht Nichtigkeit der-

---

[9] Mayer § 40.

[10] S. außer den das. citirten Schriftstellern noch Mayer § 36—39.

[11] Ueber die Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Resolutivbedingung s. daselbst Note [17]. Mayer § 34. 35 ist mit dem an diesem Orte Gesagten zwar einverstanden, er läßt aber (§ 45 [9. 10]), wenn das Vermächtniß für den Fall der Erfüllung der Bedingung weiter vergeben ist, neben dem Erstbedachten, welcher das Vermächtniß wegen Unwirksamkeit der Bedingung behält, auch den Zweitbedachten eintreten. Das ist irrig. Wie man auch den Inhalt des Willens des Erblassers bestimmen mag, derselbe hat unter allen Umständen gewollt, daß der Zweite erst nach dem Ersten haben soll. [Bedingung, nicht zu heirathen: Sf. XLIX. 4.]

[12] L. 65 § 1 D. 30. „'Illi, si volet, Stichum do' condicionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adiectione 'si volet' legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur: aliud est enim iuris, si quid tacite contineatur, aliud si verbis exprimatur". L. 69 D. 35, 1. Doch ist zuzusehen, ob auch wirklich der Erblasser durch eine Hinzufügung dieser Art eine Bedingung hat setzen wollen; möglicherweise ist das „wenn er will, wenn er mag" nichts als der Ausdruck einer Bescheidenheit, welche sich nicht aufdrängen will. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 35, Brinz 1. Aufl. S. 890, Unger § 58 [5], Arndts XLVI S. 373 fg.

[1] Eine Uebersicht der hierher gehörigen Quellenstellen s. bei Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 33 fg. Hinzuzufügen (zu S. 41) l. 77 § 29 D. 31. § 636.

selben; aber sie bewirkt für den Beschwerten eine Einrede gegen den auf die Vermächtnißverfügung gegründeten Anspruch, und gibt ihm seinerseits einen Anspruch auf Rückgabe des vom Vermächtnißnehmer bereits Erlangten[2]. Hat die Voraussetzung zum Gegenstand die Erfüllung einer dem Vermächtnißnehmer gemachten Auflage[3], so braucht der Beschwerte nicht eher zu leisten, bis ihm der Vermächtnißnehmer für die Erfüllung der Auflage Sicherheit gegeben hat[4]; es müßte denn ein Dritter ein Recht auf die Erfüllung der Auflage haben, in welchem Falle es diesem überlassen bleibt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht[5]. Bei Ermangelung der auf einen vergangenen oder gegenwärtigen Umstand gerichteten Voraussetzung liegt immer ein Irrthum des Erblassers vor, und so kann in diesem Fall auch gesagt werden, daß das Vermächtniß wegen Irrthums ungültig sei[6].

[Ueber die Auflage s. unt. nach § 661, über den Irrthum ob. S. 240 fg.]

4. Substitution bei Vermächtnissen.

§ 637.

Bei Vermächtnissen ist sowohl eine directe, wie eine fideicommissarische Substitution zulässig. Die directe Substitution ist eine be-

[2] S. I § 97. a) Einrede: l. 72 § 6 D. 35, 1 (§ 633 [22]), l. 71 § 3 eod., l. 7 D. 40, 5. In anderen Stellen heißt es unbestimmter, daß der Vermächtnißnehmer „petere non potest", „submovendus, repellendus est", daß „denegatur ei actio", daß der Beschwerte „non cogendus est praestare", daß das Vermächtniß „apud heredem remanet", „ab herede retinetur". L. 88 § 13 D. 31, l. 25 D. 34, 3; l. 28 pr. D. 26, 2, l. 32. l. 36 pr. D. 27, 1, l. 12 § 4 D. 11, 7; l. 67 § 8 D. 31, vgl. l. 19 D. 29, 7; l. 1 § 3 D. 27, 2, l. 75 D. 35, 2, l. 20 § 1 D. 38, 2; l. 71 § 3 D. 35, 1, l. 28 § 1 D. 27, 1. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 71 fg. b) Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten: l. 27 D. 33, 2, l. 43 pr. D. 35, 1, l. 24 § 16 D. 40, 5, vgl. auch l. 17 D. 33, 2. Natürlich setzt dieser Anspruch voraus, daß nicht in der Leistung selbst ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ermangelung der Voraussetzung gefunden werden könne.

[3] Dieses ist der Fall, von welchem die herrschende Meinung unter der technischen Bezeichnung: Vermächtniß sub modo neben dem bedingten und befristeten Vermächtniß allein handelt (I § 97 [1]).

[4] L. 19 D. 32, l. 80 D. 35, 1, l. 40 § 5. l. 71 eod., l. 7. 48 D. 40, 5. L. 19 cit. „Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt".

[5] Hierher gehört seit l. 8 C. 8, 54 [55] auch die zu Gunsten eines Dritten mit ut gemachte Auflage. Vgl. § 633 [6]. Wenn ein R. eines Dritten nicht begründet ist, so kann möglicherweise auch die Obrigkeit mit außerordentlichem Zwang einschreiten, l. 50 § 1 D. 5, 3, l. 7 D. 33, 1. Vgl. überhaupt I § 99 [2].

[6] S. § 633 [22], und vgl. I § 97 [5].

dingte Vermächtnißverfügung; für sie gilt, soweit anwendbar, das oben § 557 für die Substitution bei der Erbeseinsetzung Gesagte[1]. Die fideicommissarische Substitution ist ein auf das Vermächtniß zu Gunsten einer andern Person gelegtes Vermächtniß[2]. Eine besondere Art[3] der fideicommissarischen Substitution ist die Anordnung, daß ein gewisses Vermögensstück auf immer der Familie erhalten bleiben solle[4], in diesem Falle ist nicht bloß der erste Inhaber, sondern jeder folgende in der § 625 Ziff. 2 z. E. bezeichneten Weise zu Gunsten des dem Grade nach nächsten Familiengliedes mit einem Vermächtniß beschwert. Die Gradesnähe ist, was die zur Zeit des Todes des Erblassers Lebenden angeht, nach dem Erblasser, in Betreff der später Geborenen nach dem letzten Inhaber zu bestimmen[5]. Nach einer Vorschrift Justinian's[6] soll das in dieser Weise Hinterlassene in der vierten Hand und Generation freies Gut werden, wenn der vorletzte Inhaber vor Erreichung der Pubertät gestorben ist; jedoch ist der eigentliche Inhalt[7] und die heutige Anwendbarkeit[8] dieser Vorschrift bestritten. Jedenfalls findet sie keine Anwendung bei dem deutschen Familien-

---

[1] L. 50 pr. D. 31. „Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis". L. un. § 7 C. 6, 51: — „cum certi iuris sit, et in institutionibus et in legatis et fideicommissis et mortis causa donationibus posse substitui". L. 3 pr. D. 34, 4. § 637.

[2] S. z. B. l. 39 pr. D. 32, l. 36 § 1 D. 35, 1, l. 2 C. 6, 53.

[3] Marezoll Magaz. f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 203 fg. (1825). Pfeiffer prakt. Ausführungen III Nr. 2 (1831). Heimbach ZS. f. CR. u. Pr. N. F. V S. 42 fg. (1848). Lewis das R. des Familienfideicommisses S. 3 fg. 489 fg. (1868). Sintenis III § 209. Brinz 2. Aufl. III S. 480—483. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 511 fg.

[4] Im Gegensatz zu der Anordnung, daß nur der erste Inhaber das Vermachte nicht aus der Familie bringen solle, § 625 [13] fg.. Dieser Gegensatz ist namentlich in Nov. 159 pr. c. 1 hervorgehoben; s. ferner l. 67 § 5. 6 D. 31, L. 69 § 3 eod., l. 114 § 18 D. 30. Sf. VII. 209. 210.

[5] Die Frage ist in den Quellen nicht entschieden. Das Gesagte scheint mir am besten den eigentlichen Willen des Erblassers auszudrücken. Vgl. übrigens Sintenis a. a. O. Anm. [32].

[6] Nov. 159. L. 32 § 6 D. 31 ist von einem fideicommissum familiae libertorum relictum zu verstehen (Heimbach S. 44 fg., Lewis S. 17. 20) jedenfalls durch die bezeichnete Novelle beseitigt.

[7] Namentlich wird behauptet, sie schreibe das Freiwerden des Hinterlassenen in der vierten Hand ohne die im Text bezeichnete Beschränkung vor; so unter den Neueren Pfeiffer, Heimbach, Lewis a. a. OO., Brinz 2. Aufl. III § 423 [27]. Allerdings ist ein Grund für diese Beschränkung nicht ersichtlich; aber dieselbe steht doch einmal in einer durch Interpretation, wie mir scheint, nicht zu beseitigenden Weise in c. 3 der Novelle, und das bezeichnete Argument wiegt bei einer Justinianischen Novelle leichter, als sonst.

fideicommisse, welches sich auf der römischen Grundlage seit dem 17. Jahrhundert als selbstständiges Rechtsinstitut entwickelt hat[9].

[Das BGB. kennt einen Ersatzvermächtnißnehmer, auf dessen Ernennung die Vorschriften von der Ersatzerbeseinsetzung entsprechende Anwendung finden (2190). Es kennt auch ein Nachvermächtniß, d. h. ein Vermächtniß zu Lasten des Erstbedachten, des Inhalts, daß der Gegenstand von einem bestimmten nach dem Anfall des Vermächtnisses eintretenden Zeitpunkt oder Ereigniß einem Dritten herausgegeben werden soll (2191 Abs. 1, vgl. 2174). Im Zweifel ist eher Ersatzvermächtniß als Nachvermächtniß anzunehmen, das Nachvermächtniß aber enthält im Zweifel auch das Ersatzvermächtniß; das Nachvermächtniß fällt im Zweifel mit dem Tode des Vorvermächtnißnehmers an. Der Satz § 635 zu [6] gilt im Zweifel auch für das Nachvermächtniß. Der Nachvermächtnißnehmer erhält im Zweifel auch den dem Vorvermächtnißnehmer anwachsenden Theil eines Mitvermächtnißnehmers (2191 Abs. 2). Ob das romanistische Familienfideicommiß von EG. 59 getroffen werden sollte, dürfte zweifelhaft sein.]

D. Ungültigkeit des Vermächtnisses.

1. Ungültigkeit des Vermächtnisses als solchen*.

a. Anfängliche Ungültigkeit. Catonianische Regel.

§ 638.

Die Mängel, welche eine Vermächtnißverfügung ungültig machen, sind vorhin angegeben worden[1]. Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob ein ungültig errichtetes Vermächtniß dadurch gültig wird, daß ein ihm zur Zeit seiner Errichtung anklebender Mangel vor dem Tode des Erblassers wieder wegfällt[2]. Diese Frage ist zu verneinen;

---

[8] Vgl. die bei Pfeiffer S. 66 Genannten, neuerdings Sintenis a. a. O. Anm. 37, Arndts § 549 Anm. 3, Rudorff zu Puchta § 527 [b], Dernburg III § 114 [8].

[9] Der leitende Gedanke des deutschen Familienfideicommisses ist die Erhaltung des Glanzes und des Ansehens der Familie. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatr. (Beseler § 181 [3. Aufl. § 176], Gerber § 83. 84, Stobbe II § 138—140 [197—199]. V § 321), und die in Note [3] bezeichnete Schrift von Lewis (Berlin 1868). Neuestens über die Geschichte der Familienfideicommisse Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb., Excurse II S. 277 fg.

* Den Gegensatz bildet die Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Ungültigkeit des Testamentes, in welchem es hinterlassen ist (§ 641).

§ 638. [1] S. § 633 und die Verweisungen daselbst.

[2] Dig. 34, 7 de regula Catoniana. — Harnier de regula Catoniana (1820). Roßhirt ACPra. X S. 328—334 (1827). Guyet Abhandlungen aus dem Gebiet des Civilr. Nr. 5 (1829). Müller ACPra. XIV S. 273 fg. (1831). Arndts Rhein. Mus. V S. 204 fg. (1833). Roßhirt Verm. I S. 412—424 (1835). Karlowa Rgeschäft S. 125—131 (1877). Vangerow II § 540. Sintenis III S. 698—700. Brinz 1. Aufl. S. 963—964. 2. Aufl. III S. 429—431. Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin

gegen die mögliche Bejahung derselben wendet sich die Catonianische Regel[3], welche lautet: welches Vermächtniß ungültig gewesen sein würde, wenn der Erblasser sogleich nach seiner Errichtung gestorben wäre, ist ungültig, zu welcher Zeit er auch sterben mag[4]. Diese Regel erleidet aber eine Ausnahme bei bedingten und bei solchen Vermächtnissen, deren Anfall aus anderen Gründen nicht sofort mit dem Tode des Erblassers erfolgt (§ 642); bei ihnen genügt Abwesenheit des Mangels zur Zeit des Anfalls[5]. Daraus folgt jedoch nicht, daß diese Vermächtnisse auch dann gültig seien, wenn der zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses unfähige Erblasser vor seinem Tode fähig geworden ist; denn in diesem Fall ist der Mangel des Ver-

---

S. 226 fg. [Joers Gesch. der röm. Rwissenschaft I (1888) S. 303 fg. 290. Woell über die regula Catoniana, Straßb. Diss. 1894. Fraenkel die regula Catoniana, Berl. Diss. 1897. Simoncelli studii giuridici dedic. e offerti a Francesco Schupfer I (1898) p. 229 s.]

[3] Zweifelhaft, ob von M. Portius Cato Censorius (Consul 559, † 605), oder von seinem als Jurist mehr bekannten Sohne († 600). Zimmern Geschichte des r. Privatr. I § 73. [Bremer iurisprud. Antehadrian. I p. 20 meint, die Regel sei in ihrer Formulirung jünger als Cato der Sohn; sie sei von Späteren aus einem Responsum desselben abstrahirt. Dagegen Zocco-Rosa Festschr. für Schupfer (?) I p. 35 s.]

[4] L. 1 pr. D. 34, 7. „Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere". — Die Einzelanwendungen dieser Regel, welche in den Quellen vorkommen, sind folgende; dieselben sind freilich, mit Ausnahme der ersten, heutzutage nicht mehr praktisch. a) Das Vermächtniß einer im Eigenthum des Vermächtnißnehmers stehenden Sache wird nicht gültig durch spätere Veräußerung der Sache, § 10 I. 2, 20, l. 41 § 2 D. 30. b) Das Vermächtniß einer mit einem Gebäude verbundenen Sache wird nicht gültig durch spätere Loslösung der Sache, l. 41 § 2 cit. c) Das Vermächtniß an eine in der Gewalt des Eingesetzten stehende Person wird nicht gültig durch spätere Aufhebung der Gewalt, Gai. II, 244, § 32 I. 2, 20, l. 90 [89] D. 28, 5. Vgl. v. Crailsheim ACPra. XLVII S. 392—397. d) Das Vermächtniß an einen eigenen Sclaven wird nicht dadurch gültig, daß derselbe später die Freiheit erlangt, vgl. l. 90 [89] D. 28, 5. — Vgl. auch l. 98 pr. D. 45, 1.

[5] a) Bedingte Vermächtnisse. L. 41 § 2 D. 30: — „purum igitur legatum Catoniana regula impediet, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet". L. 98 D. 35, 1; Gai. II, 244, Ulp. XXIV. 23, § 32 I. 2, 20, l. 90 [89] D. 28, 5. b) L. 3 D. 34, 7. „Catoniana regula non pertinet ad . . . ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem". Im Einzelnen gehören hierher die Vermächtnisse von Ren, welche an die Person geknüpft sind, so daß ein Anfall vor dem Erwerbe unnütz ist, l. 1 § 2 D. 7, 3, l. 18 D. 7, 4, l. 26 D. 45, 3; sodann die Vermächtnisse, bei denen ein Anfall vor dem Erwerbe sogar schädlich sein würde, l. 7 § 6. l. 8 D. 36, 2, l. 86 § 1 D. 35, 1, l. 13 pr. D. 33, 5. Vgl. § 642 a. E.

mächtnisses eben nicht weggefallen[6]. Keine Anwendung findet die bezeichnete Ausnahme (so daß die Catonianische Regel wieder Platz greift) bei solchen Mängeln, deren Wegfall zwar nicht absolut unmöglich ist, aber außer der Berechnung liegt[7].

Die Catonianische Regel ist nichts Besonderes ihrem Inhalt nach; sie ist vielmehr eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes[8], daß ein ungültig errichtetes Rechtsgeschäft dadurch nicht aufhört, ungültig zu sein, daß der Grund, welcher es ungültig gemacht hat, hinterher wegfällt[9], und sie will nur einschärfen, daß ein Vermächtniß in Be-

[6] Ein von einem Unfähigen errichtetes Vermächtniß bleibt ein von einem Unfähigen errichtetes, wenn auch der Errichter hinterher fähig wird. Der Mangel, welcher einem Vermächtniß wegen Unfähigkeit des Errichters anklebt, kann ebensowenig wegfallen, wie irgend ein anderer Mangel, welcher seinen Grund in einer Qualität des Errichtungsactes hat. Wegfallen können nur solche Mängel, welche ihren Grund in dem Inhalt des Vermächtnißwillens haben; der Verwirklichung des Vermächtnißwillens kann zu Einer Zeit ein Hinderniß entgegenstehen, welches zu einer anderen Zeit weggefallen ist. Positive Ausnahme: § 624 [3]. — Einige Schriftsteller (Arndts S. 209 fg., Vangerow Num. I. 5, Brinz 1. Aufl. S. 964. 2. Aufl. III S. 430) stellen, gegen die herrschende Meinung, der Unfähigkeit des Erblassers die Unfähigkeit des Bedachten gleich. Diese Behauptung halte ich für nicht genügend begründet. Gestützt wird sie darauf, daß nach römischer Auffassung das Bedachtwerden mit einem Vermächtnisse ebenfalls Theilnahme an dem Errichtungsgeschäft sei. Das mag richtig sein für Legate; ob aber auch für Fideicommisse, ist mir mehr als zweifelhaft. Und da auch für Legate keine einzige Stelle in unseren Quellen mit Bestimmtheit den Satz ausspricht, daß Fähigkeit des Bedachten zur Zeit des Todes auch in den der Catonianischen Regel entzogenen Fällen, und namentlich bei bedingten Vermächtnissen, nicht genüge — mit Bestimmtheit spricht diesen Satz auch l. 60 [59] § 4 D. 28, 5, auf welche man sich beruft, gewiß nicht aus — so halte ich es für sicherer, bei der herrschenden Meinung stehen zu bleiben. Es kommt hinzu, daß, wenn es in l. 5 D. 34, 7 heißt: „**Regula Catoniana ad novas leges non pertinet**", also: sie bezieht sich nicht auf die s. g. Erwerbsfähigkeit (§ 550), der Schluß nahe liegt, daß sie sich auf die Fähigkeit, bedacht zu werden, allerdings bezieht, also auch mit ihren Ausnahmen bezieht. Im Resultat übereinstimmend, obgleich in der Begründung abweichend, Karlowa S. 128.

[7] In diesem Sinne halte ich den von Arndts S. 214 fg. und Brinz 1. Aufl. S. 964. 2. Aufl. S. 430 gelehrten Satz für richtig, daß das Vermächtniß einer **res extra commercium** auch als bedingtes ungültig sei. Die genannten Schriftsteller führen zum Beweise an, daß auch die bedingte Stipulation einer solchen Sache schlechthin ungültig sei, s. l. 83 § 5 D. 45, 1, l. 137 § 6 eod., § 2 I. 3, 19, und andererseits l. 31 D. 45, 1. Ich füge hinzu l. 39 § 8 D. 30: — „**furiosi est talia legata testamento adscribere**". S. auch Karlowa S. 130.

[8] Vgl. I § 83, 1.

[9] L. 29 D. 50, 17. „**Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere**". In besonderer Anwendung auf letztwillige Verfügungen l. 201 eod. „**Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint**".

treff seiner Gültigkeit deßwegen nicht weniger mit dem zur Zeit seiner Errichtung bestehenden Zustand gemessen werden müsse, weil es erst mit dem Tode des Erblassers zu wirken bestimmt ist[10]. Aber die Catonianische Regel ist etwas Besonderes ihrem Ausdruck nach[11]: derselbe beruht auf der Auffassung, daß der Ausspruch des Rechts über Gültigkeit und Ungültigkeit eines Vermächtnisses nicht sofort zur Zeit seiner Errichtung, sondern erst zur Zeit seines Anfalls erfolgte[12]. Dieser Ausdruck der Regel ist auch nicht ohne Consequenzen geblieben, und namentlich beruhen auf demselben theilweise die zuvor genannten Ausnahmen von der Regel[13], während andere Consequenzen, welche sich aus demselben an und für sich ergeben hätten, von der römischen Jurisprudenz ausdrücklich abgelehnt worden sind[14].

[10] Diese Ansicht über den Grund der Catonianischen Regel wird namentlich von Vangerow a. a. O. vertreten. Ueber andere („zum Theil recht wunderliche", Vangerow a. a. O.) Ansichten s. Harnier § VI sqq., Roßhirt Arch. S. 329 fg. und Verm. S. 417 fg. Guyet S. 106 fg., Müller S. 278 fg. Arndts S. 240 fg., Karlowa S. 130.

[11] Dieser Punkt wird auch von Vangerow nicht in dem Maße hervorgehoben, wie es hier geschehen ist.

[12] Die Regel sagt nicht: das Vermächtniß, welches zur Zeit der Errichtung ungültig ist, bleibt ungültig; sondern sie sagt: das Vermächtniß ist zur Zeit des Todes, wann er auch erfolgen möge, ungültig, wenn es bei Eintritt des Todes zur Zeit der Errichtung ungültig gewesen sein würde. — Die entgegengesetzte Auffassung findet sich z. B. in l. 41 § 2 D. 30: — „et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet", — „quia vires ab initio legatum non habuit".

[13] Bei der Fassung der Regel ist an den Fall nicht gedacht, daß der Termin für den Anfall des Vermächtnisses ausnahmsweise ein anderer, als die Zeit des Todes des Erblassers sein kann. Ist dieser Termin aber ein anderer, so wird auch im Sinne der der Regel zu Grunde liegenden Anschauung zur Zeit des Todes nicht über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vermächtnisses gesprochen, und man kann daher auch nicht sagen, daß es zu dieser Zeit ungültig sei. — Jedenfalls ist dieß die einzige Erklärung, welche sich für die Note 5 bei b bezeichnete Ausnahme von der Catonianischen Regel darbietet, während allerdings für die bedingten Vermächtnisse auch eine andere Erklärung möglich ist, nämlich aus dem Gedanken, daß die Gültigkeit eines Vermächtnisses mit dem zur Zeit seiner Errichtung stattfindenden Zustand dann nicht gemessen werden soll, wenn es selbst seine Wirksamkeit in Frage gestellt hat. Und für diese Erklärung spricht, daß auch bei Stipulationen die gleiche Ausnahme gilt, s. l. 31 D. 45, 1 (freilich auch l. 26 D. 45, 3). S. übrigens andererseits Gai. II, 244 i. f. — Eine andere, heutzutage nicht mehr praktische, Consequenz aus dem Ausdruck der Catonianischen Regel s. bei Gai. II, 245, Ulp. XXIV, 24, § 33 I. 2, 20, l. 91 pr. D. 30, l. 17 i. f. D. 36, 2 (das Vermächtniß an den Gewalthaber des eingesetzten Erben ist nur dann ungültig, wenn das Gewaltverhältniß zur Zeit des Antritts der Erbschaft noch besteht, vgl. Note 4 unter e).

[14] S. l. 1 § 1. 2. l. 2 D. 34, 7. In den in diesen Stellen behandelten Fällen hätte die Anwendung der Catonianischen Regel zu einem offenbaren Wider-

Wenn die Catonianische Regel nicht auch für Erbeseinsetzungen aufgestellt worden ist[15], so erklärt sich dieß aus der Natur der bei Erbeseinsetzungen vorkommenden Mängel[16].

Die heutige Anwendbarkeit der Catonianischen Regel wird mit Unrecht bestritten[17].

[Das BGB. hat die Catonianische Regel nicht aufgestellt. In wiefern Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines Vermächtnisses heilbar sein können, ist den allgemeinen Vorschriften zu entnehmen, welche über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt und über die Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen und von Erbverträgen gelten. S. I S. 368 fg. 373 fg. u. ob. S. 240 fg. 323 fg. Möglichkeit der Vermächtnißleistung und Erlaubtheit des Vermächtnisses braucht nach BGB. immer erst bei dem Erbfall vorzuliegen; und wenn das Vermächtniß bedingt oder befristet ist, erst zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder Befristung (2171).]

---

spruch mit dem Willen des Erblassers geführt. Vgl. Arndts S. 206 fg. — Eine Consequenz aus der Catonianischen Regel wäre an und für sich auch die gewesen, daß die Frage, ob nicht das Vermächtniß wegen Ueberschreitung des Maßes ungültig sei, nach dem Zustand des Vermögens zur Zeit der Errichtung hätte beantwortet werden müssen. Für diesen Fall findet sich eine ausdrückliche Bemerkung darüber, daß die Catonianische Regel nicht Platz greife, in unseren Quellen nicht.

[15] L. 3 D. 34, 7: „Catoniana regula non pertinet ad hereditates".

[16] Die Catonianische Regel bezieht sich nur auf Mängel, welche wegfallen können, und die meisten der bei Erbeseinsetzungen vorkommenden Mängel können nicht wegfallen, weil sie Mängel des Errichtungsactes sind (⁶). Dieß gilt auch für die Unfähigkeit des Eingesetzten, da das r. R. die Erbeseinsetzung unbedingt als Geschäft mit dem Eingesetzten auffaßt, weßwegen namentlich die bedingte Erbeseinsetzung eines Unfähigen durch das spätere Aufhören der Unfähigkeit nicht gültig wird (§ 549 ²). Nicht anders ist wohl zu verstehen l. 4 D. 34, 7: „Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere". Aber auch die Uebergehung eines suus faßt das r. R. als einen Mangel des Errichtungsactes, nicht als ein Hinderniß der Verwirklichung des Einsetzungswillens auf; die entgegengesetzte Ansicht ist zwar in der römischen Jurisprudenz aufgetreten, aber nicht durchgedrungen. Gai. II, 123, pr. I. 2, 13, l. 7. 8 D. 28, 2. Nicht möglich war diese Auffassung für die Uebergehung eines Notherben, welchem aus der Uebergehung ein Anfechtungsr. erwuchs; aber hier verstand es sich eben auch von selbst, daß mit dem Wegfall des Anfechtungsberechtigten vor dem Tode des Erblassers das Anfechtungsr. selbst wegfalle. — Ueber andere Ansichten in Betreff der Nichtanwendung der Catonianischen Regel auf Erbeseinsetzungen s. die Citate ¹⁰.

[17] Die Bestreitung (so namentlich v. Löhr Magaz. für RW. u. Gesetzg. III S. 196 fg., Huber a. a. O., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. XI S. 270, und noch neuerdings Sintenis III § 212 ⁶, vgl. auch Unger § 67 ¹⁴) wird darauf gegründet, daß bei Fideicommissen lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen worden sei. Aber l. 1 § 1. 5 D. 32, auf welche man sich hierfür beruft, beruht auf der Möglichkeit einer Fideicommißerrichtung ohne alle Form. Müller a. a. O., Arndts S. 245 fg., Fein Forts. von Glück

b. **Nachfolgende Ungültigkeit.**

§ 639.

Ein gültig errichtetes Vermächtniß verliert seine Gültigkeit[1]:

1) durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Tode nicht wieder gehobene Rechtsunfähigkeit des Erblassers[2];

[Kommt nach BGB. nicht vor.]

2) durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Anfall nicht wieder gehobene Unfähigkeit des Vermächtnißnehmers bedacht zu werden[3];

[Kommt nach BGB. nicht vor.]

3) durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Erwerb der Erbschaft nicht wieder gehobene[4] Unmöglichkeit der Erfül-

---

XLIV S. 41 fg., Vangerow a. a. O. Nr. V. — Ueber die Ansicht, daß im r. R. die regula Catoniana in der Zwischenzeit zwischen der lex Iulia et Papia Poppaea und der l. un. C. 6, 51 nicht gegolten habe, s. Vangerow a. a. O. Nr. IV.

[1] Von Ungültigwerden des Vermächtnisses darf nur geredet werden bis zum Erwerbe des Vermächtnisses (§ 642) bez. dem Erwerbe der Erbschaft ([4] a. E.). Thatsachen, welche später eintreten, betreffen nicht das Vermächtniß (die Vermächtnißverfügung), sondern das durch das Vermächtniß erlangte R. § 639.

[2] Vgl. § 624 [1], § 563, 1.

[3] Die vor dem Anfall wieder gehobene Unfähigkeit des Bedachten schadet weder nach der Auffassung, welche in der Unfähigkeit des Bedachten einen Mangel des Errichtungsgeschäfts sieht (vgl. § 638 [6]) — denn s. l. 60 [59] § 4 D. 28, 5 und § 549 [2] — noch nach der Auffassung, welche die Unfähigkeit des Bedachten nur für ein Hinderniß der Ausführung des Vermächtnißwillens hält — denn die regula Catoniana bezieht sich auf Hindernisse, welche nach der Errichtung eintreten, weder ihrem Wortlaute nach, noch ist ein Grund vorhanden, sie auf dieselben zu erstrecken. Aufhebung der Unfähigkeit nach dem Anfall und vor dem Erwerbe hilft nach keiner von beiden Auffassungen, nach der ersten nicht arg. l. 60 [59] § 4 cit. (§ 549 [2]), nach der zweiten nicht, weil das Vermächtniß bereits mit dem Anfall in ein festes Verhältniß zum Vermächtnißnehmer tritt. Aus demselben Grunde schadet nach keiner von beiden Auffassungen die erst nach dem Anfall eintretende Unfähigkeit. Vgl. § 642 [8].

[4] Es ist schon in der vorigen Note gesagt worden, daß die regula Catoniana später eintretende Ungültigkeitsgründe nicht ergreift. Vgl. Arndts XLVI S. 278 fg. Wenn hier als Grenze nicht der Anfall des Vermächtnisses gesetzt worden ist, so beruht dieß auf l. 45 D. 30, zu welcher Stelle zu bemerken ist: a) der Anfall des dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisses erfolgt mit dem Tode des Vaters, nicht mit dem Tode des Pupillen (§ 642 [8] a. E.); b) „utile legatum est“, d. h. in der Weise, als hätte der Vermächtnißnehmer die vermachte Sache nie erworben, es kann nicht bloß das Kaufgeld gefordert werden ([5]); c) dieß soll aber nicht eintreten bei Unredlichkeit des Vermächtnißnehmers („antequam scires tibi legatas esse“). Vgl. l. 66 § 1 D. 31, welche Stelle von der Zeit nach dem Erwerbe handelt, und Arndts a. a. O. S. 335 fg. Wenn andererseits als Grenze nicht der Erwerb des Vermächtnisses, sondern der

lung des Vermächtnisses[5], so wie mit der gleichen Maßgabe durch die eintretende Unerlaubtheit des Vermächtnisses[6];

[Vgl. § 638 a. E.]

4) durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Anfall[7].

[Im BGB. im Resultat gleich: Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Erbfall (2160), bei bedingtem Vermächtniß im Zweifel Tod vor Eintritt der Bedingung (2074).]

5) durch den Wegfall des Beschwerten[8] wird das Vermächtniß, abgesehen von dem nicht hierher gehörigen Fall (§ 641), wo durch den Wegfall des Beschwerten das ganze Testament ungültig wird, regelmäßig nicht ungültig, sondern es trägt nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers das Vermächtniß nun derjenige, welchem der Wegfall des Beschwerten zu Gute kommt[9]. Eine Ausnahme gilt nur für die

---

Erwerb der Erbschaft gesetzt worden ist, so hat dieß seinen Grund darin, daß mit dem Erwerb der Erbschaft die Verhaftung des Beschwerten auch dann beginnt, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder befristetes ist, und daher eine nach dieser Zeit ohne seine Schuld eintretende oder bereits zu dieser Zeit vorhandene Unmöglichkeit ihn auch definitiv befreien muß.

[5] Hierher gehört an und für sich auch der Fall, wo der Vermächtnißnehmer nach Errichtung des Vermächtnisses das Eigenthum der vermachten Sache erwirbt; nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers wird aber in diesem Falle das Vermächtniß so weit aufrecht erhalten, als der Vermächtnißnehmer die Sache nicht mit gleich günstigem Resultat für sein Vermögen erlangt hat, wie vorhanden gewesen wäre, wenn er sie durch das Vermächtniß erlangt hätte. Vgl. II § 343a. Von den a. a. O. citirten Quellenstellen gehören hierher diejenigen nicht, welche Erwerb des Vermächtnisses bez. der Erbschaft voraussetzen, namentlich aber gehört hierher § 6 I. 2, 20. „Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse“. S. ferner § 9 eod., l. 34 § 7. 8 D. 30, l. 82 § 2 init. § 4 eod., l. 73 D. 31, l. 102 § 2 D. 32. — Möglicherweise kann aber der Wille des Erblassers auch darauf gehen, daß das Vermächtniß unbedingt aufrecht erhalten werden soll. L. 21 § 1 D. 32.

[6] L. 41 § 15 D. 30.

[7] Nach dem Anfall geht das Vermächtniß auf die Erben über (§ 642).

[8] Vgl. über diesen Fall Francke Beiträge S. 111—136, Arndts XLVII S. 264—287.

[9] Im Besonderen: a) der Substituirte, l. 74 D. 30, l. 61 § 1. l. 77 § 15. l. 82 § 1 D. 31, l. 4 C. 6, 49; b) der durch Anwachsungsr. eintretende Miterbe, sowie der collegatarius re et verbis coniunctus, l. un. § 10. 11. 14 C. 6, 51, l. 49 § 4. l. 61 § 1 D. 31, vgl. l. 29 § 1. 2 eod.; c) der Fiscus, an welchen eine erblose Erbschaft fällt, § 622 [5]; d) wenn ein Vermächtniß mit einem Vermächtniß beschwert ist, derjenige, welcher das ausfallende Vermächtniß nicht zu entrichten braucht, l. un. § 4. 9 C. 6, 51, l. 29 pr. D. 31.

Fälle, wo an die Stelle eines wegfallenden Intestaterben der nachfolgende Intestaterbe[10], und wo an die Stelle des ausfallenden Vermächtnißnehmers der nicht wörtlich verbundene Mitvermächtnißnehmer tritt[11].

[Vgl. BGB. 2161; ob. S. 575.]

6) Ein sehr weit reichender Grund des Ungültigwerdens des Vermächtnisses ist der Widerruf des Erblassers. Hiervon ist besonders zu handeln.

[Für das BGB. kommt noch in Betracht: 2162 fg.; dazu unt. § 642.]

Im Besonderen vom Widerruf des Vermächtnisses*.

§ 640.

Das Vermächtniß kann widerrufen werden innerhalb der Gesammtverfügung selbst, in welcher es hinterlassen worden ist, oder nach Errichtung derselben[1]. In dem einen und dem anderen Fall bedarf der Widerruf einer Form nicht[2]. Auch durch Ausstreichung der schriftlichen Vermächtnißverfügung kann der Widerruf erklärt werden[3], sowie stillschweigend[4] durch jede Handlung, welche einen unzweifelhaften Ausdruck des Widerrufswillens enthält[5]. Ja schon dann gilt das Vermächtniß als widerrufen, wenn zwischen dem

---

[10] L. 1 § 9. 10 D. 32. Vorausgesetzt natürlich, daß das Vermächtniß gerade diesem bestimmten Intestaterben überhaupt auferlegt worden ist, vgl. § 630 [6]. A. M. für den Fall, wo Gradesnähe nicht entscheidet, Kohler ACPra. LIX. S. 98 fg., ohne ausreichende Begründung.

[11] S. Note [9 lit. b] und § 644 [15].

* Inst. 2, 21 de ademptione legatorum et translatione. Dig. 34, 4 de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. — Roßhirt I S. 429—446. Arndts RLex. VI S. 297—301.

[1] Pr. I. 2, 21. „Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est". L. 12 § 3 D. 30 „In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die vel condicione vel in totum ademptione potest". L. 17. l. 3 § 8. l. 28 D. 34, 4, l. 40 § 2. l. 51 pr. l. 87. 89 D. 35, 1. Vgl. § 562 [4], § 554 [18]. § 640.

[2] Bei Legaten erzeugte formloser Widerruf nur doli exceptio, Ulp. XXIV, 29, l. 3 § 11 i. f. l. 15 D. 34, 4, während Fideicommisse „nuda voluntate" direct aufgehoben wurden, l. 3 § 11 cit. Die Institutionenstelle pr. I. 2, 21 gedenkt auch bei Legaten dieses Gegensatzes nicht mehr. Sf. IV. 240.

[3] L. 16. 17 D. 34, 4.

[4] Der Widerruf durch Ausstreichen ist kein stillschweigender Widerruf im technischen Sinn des Wortes, so wenig wie die Willenserklärung durch Geberden eine stillschweigende Willenserklärung ist. Vgl. I § 72 zu [7].

[5] Z. B. durch Veräußerung der vermachten Sache. L. 15. 18. 24 § 1. l. 25 D. 34, 4, l. 11 C. 6, 37. Vgl. § 654 [18]. Umgestaltung der Sache: vgl. l. 44 § 2—4 D. 30, l. 39 D. 31, l. 79 § 2 D. 32, l. 88 eod. Vgl. übrigens

Erblasser und dem Vermächtnißnehmer ein solches Zerwürfniß eingetreten ist, daß eine Fortdauer des Vermächtnißwillens nicht mehr angenommen werden kann[6]. In der Errichtung eines Testamentes nach einem Codicill darf im Zweifel ein Widerruf der im Codicill errichteten Vermächtnisse nicht gefunden werden[7]. Ein unverständlicher Widerruf kommt so wenig in Betracht, wie eine unverständliche Hinterlassung[8]; ein bedingter Widerruf macht das Vermächtniß selbst zu einem bedingten[9].

Unger § 67 [6]. Sf. VI. 53, XVI. 132, XXXI. 155. [Gewährung des Vermächtnißgegenstandes durch den Erblasser schon bei Lebzeiten, möglich auch bei Vermächtniß einer Geldsumme: Sf. LIII. 195 (RG.).]

[6] L. 3 § 11. l. 4. l. 31 § 2 D. 34, 4, l. 9 pr. § 1 D. 34, 9. Dernburg III § 106 [9].

[7] § 1 I. 2, 25, l. 5 D. 29, 7. Dieser Satz ist jedoch streitig. Vgl. Fein Fortsetzung von Glück XLIV S. 168 fg., Mayer § 20 [9–12], Sintenis III § 208 [7], Vangerow II § 526 S. 439, Unger § 61 [7], Sonnenschmidt Neue praktische Erörterungen S. 146 fg., Dernburg III § 105 [6], Sf. IX. 192, XLI. 277.

[8] Bestritten für den Fall, wo der Widerruf es nicht erkennen läßt, auf welches von mehreren Vermächtnissen er sich beziehe. In Betreff dieser Frage besteht nach der überlieferten Lesart ein Widerspruch zwischen l. 3 § 7 D. 34, 4 und l. 10 [11] pr. D. 34, 5, beides Stellen von Ulpian. Ueber Vereinigungsversuche s. Göschen ZS. f. gesch. RW. I S. 105 fg., Klüpfel ACPra. II S. 83 fg., Gitzler Themis N. F. I S. 309 fg., Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. IV S. 288 fg., Arndts RLex. VI S. 299 [150], Kohler Grünh. ZS. VII S. 714 fg., Brinz 2. Aufl. III S. 436 [41]. Andere Schriftsteller suchen durch Aenderung der Interpunktion zu helfen (Fragezeichen hinter „debebitur" oder hinter „datum erit"), Hepp ACPra. IX S. 377 fg., Lang Hermeneutik S. 277, Sintenis III § 212 [16], vgl. auch Pöschmann in Schletter's Jahrb. III S. 251 fg.; noch andere durch Emendation (in l. 3 § 7 cit. „neutri legatum debebitur" statt „utrique", oder „delebitur" statt „debebitur", oder in l. 10 [11] cit. i. f. „in ademptione autem utrumque valere" statt „ademptionem autem in utrumque valere" oder „neutrimque" statt „in utrumque"), Gans ACPra. I S. 457 fg., v. Herrnstorff das. I S. 466 fg., Riebel ZS. f. CR. u. Pr. XIII S. 293 fg., Vangerow II § 541 Anm.; Wunderlich in Sell's Jahrb. I S. 322 fg.; Göschen ZS. für gesch. RW. I S. 96; Th. Mommsen in seiner Pandektenausgabe. In sachlicher Beziehung aber ziehen die Einen l. 3 § 7 cit. vor, welche die Ademtion für ungültig erklärt, die Anderen l. 10 [11] cit., welche sie auf alle Vermächtnisse wirken läßt. Die hier, bei Anerkennung des Widerspruchs, gebilligte erste Meinung stützt sich auf den im Text bezeichneten Satz (§ 633 [2], s. auch l. 14 § 1 D. 34, 4). Dieser ersten Meinung sind Göschen a. a. O., Arndts RLex. VI S. 299 und Lehrb. § 551 [5], Brinz a. a. O., Unger § 61 [8], Th. Mommsen a. a. O., Dernburg III § 106 [13]. Die entgegengesetzte Meinung wird vertreten von Gans, v. Herrnstorff, Klüpfel, Wunderlich, Riebel, Lang, Pöschmann, Sintenis, Vangerow a. a. OO., auch von Roßhirt Verm. I S. 436 fg.

Eine Zurücknahme des Vermächtnisses liegt auch in der Anordnung eines andern Vermächtnisses an Stelle desselben[10], mag die Aenderung sich auf den Gegenstand des Vermächtnisses beziehen, oder auf eine der beim Vermächtniß in Betracht kommenden Personen, oder auf Nebenbestimmungen[11]. Gültigkeit des zweiten Vermächtnisses ist Voraussetzung der Wiederaufhebung des ersten im Zweifel nicht[12].

[Vgl. zum BGB. bei § 564 S. 285 fg. Ob ein Vermächtniß in einem neuen Testament ein früheres aufhebt, ist danach zu beurtheilen, ob das neue nach der Absicht des Erblassers mit dem früheren im Widerspruch steht (2258). Reine Auslegungsfrage ist auch, ob der Widerruf des alten Vermächtnisses selbst dann gelten soll, wenn das neue unwirksam ist. Zu Note [9] vgl. BGB. 2169 fg.; dazu unt. zu § 654.]

2. Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Ungültigkeit des Testamentes*.

§ 641.

Die Regel ist, daß die in einem Testamente oder einem testamentarischen Codicill errichteten Vermächtnisse mit dem Testamente

[9] L. 19 pr. D. 34, 4. „Si legatum pure datum Titio adimatur sub condicione et pendente condicione Titius decesserit, quamvis condicio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit: nam legatum cum sub condicione adimitur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset". L. 14 pr. eod., l. 107 i. f. D. 35, 1, l. 6 pr. D. 36, 2, l. 68 § 2 D. 30; l. 7—9 D. 34, 4. Vgl. § 635 [7] und II § 354 [10].

[10] Die Quellen nennen dieß translatio legati. L. 5 D. 34, 4. „Sicuti adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: 'quod Titio legavi, id Seio do lego': quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet".

[11] L. 6 pr. D. 34, 4. „Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo qui dare iussus est, transfertur ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione". L. 6 § 1. 2. l. 7—9 D. eod., § 1 I. 2, 21. Es ist eine Auslegungsfrage, ob und wie weit der Erblasser das zweite Vermächtniß wirklich an Stelle des ersten hat anordnen wollen, also das erste durch das zweite hat zurücknehmen wollen, und ebenso, ob er nicht im zweiten Vermächtniß die Nebenbestimmungen des ersten hat wiederholen wollen. L. 33. 34 pr. D. 30, l. 44 § 1 D. 31, l. 7. 9 D. 34, 4, l. 87—89 D. 35, 1, l. 7 pr. C. 6, 37; l. 24 pr. D. 34, 4. Vgl. Schrader ACPra. XXXIII S. 1 fg. Auch Sf. XXXI. 155.

[12] L. 20 D. 34, 4, l. 34 pr. D. 30. [RG. XXXI S. 168 fg. will hier mit Recht die Auslegung entscheiden lassen, und nimmt mit Recht an, daß zwar, wenn der Erblasser die Person des Bedachten wechselt, der Widerruf des ersten Vermächtnisses im Zweifel auch dann wirksam sei, wenn das zweite nicht gelte, daß dagegen, wenn der Erblasser im Interesse des Bedachten die Verfügung

stehen und fallen, wenn gleich sie selbst von dem Grunde, welcher das Testament ungültig macht, nicht berührt werden[1]. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen[2].

1. Die Vermächtnisse werden nicht berührt von der auf Grund der Nov. 115 eintretenden Ungültigkeit des Testamentes[3].

2. In gleicher Weise bestehen die Vermächtnisse trotz der Hinfälligkeit der im Testament enthaltenen Erbeseinsetzung, wenn der Erblasser dieselbe durchstrichen hat in der Absicht, daß der übrige Inhalt des Testamentes aufrecht bleiben solle[4].

3. [5]Nichterwerb der Erbschaft durch den eingesetzten Erben[6] schadet den Vermächtnissen dann nicht, wenn der Eingesetzte arglistiger-

---

ändere, der Ademtionswille nur so weit anzunehmen sei, als die neue Verfügung gültig an die Stelle der früheren treten könne. Zustimmend auch Eck Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 313 fg.]

* Francke Beiträge S. 136 fg. Vangerow II § 539.

§ 641. [1] L. 9 D. 26, 2, l. 3 § 2 D. 29, 7, l. 81 D. 31, l. 1 § 1 D. 32, l. 181 D. 50, 17, l. 2 C. 6, 39, l. 14 C. 6, 42. Testamentarisches Codicill: § 630 [5].

[2] Außer den im Folgenden genannten Ausnahmen ist eine fernere Ausnahme in l. 28 D. 5, 2, l. 93 [92] D. 28, 5 enthalten. Aber diese Ausnahme muß als durch die Gesammtentwickelung des r. R. überholt angesehen werden; was freilich der herrschenden Meinung nicht entspricht. Vgl. § 548 [16]. — Keine Ausnahme liegt in der Aufrechterhaltung der Vermächtnisse durch die Codicillarclausel. Die Vermächtnisse werden in diesem Fall nicht als im Testament hinterlassene aufrecht erhalten. — Keine Ausnahme liegt ferner in dem Satz, daß das gegen den Testamentserben erstrittene, das Testament für ungültig erklärende Urtheil den Vermächtnißnehmern dann nicht entgegengesetzt werden kann, wenn der eingesetzte Erbe das Testament nicht oder nicht ernstlich vertheidigt hat. Dieser Satz enthält nur eine Ausnahme von einer Ausnahme von dem Satze, daß die Rkraft des Urtheils auf die Parteien beschränkt ist. — Ueber und gegen die Behauptung, daß die Vermächtnisse auch dann bestehen bleiben, wenn der eingesetzte Erbe sich durch beneficium abstinendi oder in integrum restitutio der Erbschaft entledige, s. l. 7 D. 29, 4, l. 1 § 4 D. 36, 4, l. 5 D. 12, 6 und Francke a. a. O. S. 142 fg., Vangerow a. a. O. S. 500 fg., vgl. 595 [7, 18]. L. 22 D. 4, 4 sagt nur, daß der Minderjährige die gezahlten Vermächtnisse nicht zu ersetzen brauche, nicht, daß sie von den Gläubigern nicht zurückgefordert werden können. — Vgl. noch § 563 [8 a. E.].

[3] S. § 587 [6], § 591 a. E.

[4] L. 2 D. 28, 4. Die herrschende Meinung (vgl. im Besonderen Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 90 fg.) versteht diese Stelle von einem Falle der Indignität, so daß der Fiscus eintrete und die Vermächtnisse gemäß der Indignitätsregel (§ 674 [5]) trage. Aber dagegen spricht, daß die genannte Stelle hinter dem institutus den substitutus eintreten läßt. Und s. l. 2 § 7. l. 8 § 3 D. 37, 11 und vgl. § 673 [1].

[5] Dig. 29, 4 si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. Cod. 6, 39 si omissa sit causa testamenti. — Mühlenbruch XLIII S. 449—479. Vangerow a. a. O. Anm. 2.

[6] Testamentum destitutum oder desertum, § 536 [8]. Ausschlagung der mehreren Eingesetzten l. 18 pr. D. 29, 4.

weise zu dem Ende nicht erwirbt, um die Erbschaft frei von Vermächtnissen an sich oder einen Andern zu bringen[7]; trotz des Nichterwerbs haftet in diesem Falle den Vermächtnissen derjenige, an welchen in Folge des Nichterwerbs die Erbschaft fällt, der Eingesetzte selbst[8] oder der Dritte[9]. Hat der Eingesetzte sich für den Nichterwerb zu Gunsten des Dritten bezahlen lassen, so haften Beide, der Dritte aber in erster Linie[10]. Ebenso haftet trotz des Nichterwerbs der Erbschaft der Vermächtnißnehmer, welcher, mit einem Vermächtnisse beschwert, den Erwerb der Erbschaft verhindert[11].

4. Nichterwerb der Erbschaft durch den eingesetzten Erben schadet den Vermächtnissen auch dann nicht, wenn in Folge des Nichterwerbs die Erbschaft an den Fiscus fällt[12].

[Das **BGB**. hat die an der Spitze dieses Paragraphen stehende Regel nicht und braucht daher nicht die Ausnahmen. S. 2161. 2085.]

---

[7] Nach einer Vorschrift des prätorischen Edicts. L. 1 pr. D. 29, 4. „Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur". L. 4 pr. [§ 1] D. 29, 4: „in necem legatariorum"; § 1: „ob evertenda iudicia"; „in fraudem eorum, quibus quid relictum est". — Nichterwerb der Erbschaft: l. 1 § 6. 7. 8 D. 29, 4; l. 6 § 9. l. 23 eod.; l. 1 § 1—4 eod. Nichterwerb in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu beseitigen: l. 1 pr. D. 29, 4. (s. ob.), l. 1 § 4. l. 4 pr. § 1. l. 5. l. 6 pr. — § 4. l. 17. l. 26 § 1 D. 29, 4; l. 77 § 31 D. 31. L. 17 D. 29, 4 cit. „Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: nam liberum cuique esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt". L. 6 § 3 D. 29, 4 cit.: „Non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita: nam sive invenerit testatorem huius rei auctorem esse ipsumque permisisse ab intestato succedere aut si qua alia iusta causa omittendi intervenerit, utique non dabit actionem in eum legatorum".

[8] L. 1 pr. § 9. l. 6 § 7 D. 29, 4; l. 1 pr. l. 13—16 D. 29, 4, l. 1 § 9 l. 30 D. 29, 4. Der Anspruch dauert nur so lange, wie der Besitz, vorausgesetzt, daß derselbe nicht arglistigerweise aufgegeben ist, l. 1 § 9—11. l. 6 § 5. 6 vgl. l. 4 § 3 D. 29, 4, geht aber mit dem Besitz auf die Erben über, l. 12 § 1 D. 29, 4. Arglistige Nichterlangung des Besitzes steht dem Besitze gleich, l. 1 § 12 D. 29, 4.

[9] L. 2 § 1. l. 3. l. 4 pr. § 1. l. 10 pr. D. 29, 4. Das in der vorigen Note Gesagte gilt auch für diesen Fall.

[10] L. 2. l. 3. l. 4 § 1. l. 10 pr. D. 29, 4.

[11] L. 4 § 2 D. 29, 4.

[12] L. 96 § 1 D. 30. Vgl. § 622 [5].

E. Anfall und Erwerb des Vermächtnisses*.

1. Zeitpunkt und Bedeutung des Anfalls und des Erwerbs.

§ 642.

Das Vermächtniß fällt dem Bedachten an[1] (abgesehen von Ausnahmefällen, s. unten) sofort mit dem Tode des Erblassers[2], oder, wenn es ein bedingtes ist, mit dem Eintritt der Bedingung[3]. Mit dem Anfall ist aber dem Bedachten das Vermächtniß nicht auch sofort erworben, d. h. er hat nicht sofort das ihm durch das Vermächtniß gegebene Recht[4]; hierzu ist erforderlich, zwar nicht, wie bei

---

* Dig. 36, 2 quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. Cod. 6, 53 quando dies legati vel fideicommissi cedit. — Arndts RLex. VI S. 303—305. v. Crailsheim AcPra. XLVII S. 368 fg. (1864). Arndts Forts. von Glück XLVIII S. 199—352 (1878, leider das letzte Stück dieser trefflichen Bearbeitung der Vermächtnißlehre, aus des Verf. Nachlaß herausgegeben von Brinz und Hofmann). Sintenis III § 213, Brinz 1. Aufl., § 221. 2. Aufl. III § 427. Unger § 62. Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 422 fg. 600 fg.

§ 642. [1] Die Quellen sagen: dies legati (fideicommissi) cedit. Vgl. l. 213 D. 50, 16.

[2] L. 5 § 1 D. 36, 2, l. un. § 1. 5 C. 6, 51 (vgl. Ulp. XXIV, 31).

[3] L. 5 § 2 D. 36, 2. Wahre und gültige Bedingung: l. 7 § 5. l. 22 § 1 D. 36, 2, l. 21 § 1 eod., l. 107 D. 35, 1, vgl. I § 87 [8]; l. 5 § 3. 4 D. 36, 2, l. 79 pr. D. 35, 1, vgl. I § 87 [3]. Eine wahre Bedingung ist auch die Bedingung des Wollens des Bedachten, weil der Anfall des Vermächtnisses an und für sich ohne den Willen des Vermächtnißnehmers erfolgt, l. 65 § 1 D. 30, l. 69 D. 35, 1. Vgl. § 635 [12]. — Eine Befristung schiebt den Anfall des Vermächtnisses nicht hinaus, l. 5 § 1. l. 21 pr. D. 36, 2, wenn sie nicht in Wirklichkeit eine Bedingung ist (dies incertus), s. I § 96a [5-7] und die das. citirten Quellenstellen und Schriftsteller, außerdem Mayer § 40. 41. — Daß die Zuwendung an den Beschwerten eine bedingte ist, schiebt den Anfall eines seinerseits unbedingten Vermächtnisses nicht hinaus, l. 7 § 1—3. l. 21 § 1 D. 36, 2. Daher erfolgt namentlich der Anfall des dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisses sofort mit dem Tode des Erblassers, l. 1. l. 7 § 4. 5 D. 36, 2. [Heinsius der dies cedens der Vermächtnisse, denen ein dies hinzugefügt ist. Erl. Diss. 1895.]

[4] Der herrschende Sprachgebrauch bezeichnet mit dem Ausdruck Erwerb des Vermächtnisses das, was hier Anfall des Vermächtnisses genannt wird, und unterscheidet dann zwischen Erwerb des Vermächtnisses und Erwerb des vermachten R. Aber wenn man bedenkt, daß der Ausdruck Vermächtniß nur entweder die Vermächtnißverfügung bezeichnen kann oder das vermachte R., und daß von einem Erwerb der Vermächtnißverfügung nicht die Rede sein kann, so gelangt man nothwendigerweise zu dem Resultat, daß Erwerb des Vermächtnisses eben Erwerb des vermachten R. ist. Es kann ferner nicht vom Erwerbe des Vermächtnisses gesprochen werden, so lange der Vermächtnißnehmer noch in der

der Erbschaft, Willenserklärung des Bedachten (§ 643), aber doch Erwerb der Erbschaft[5], und, wenn das Vermächtniß ein befristetes ist, Herankommen des bezeichneten Zeitpunktes[6]. Die Bedeutung des Anfalls ist vielmehr nur die, daß er dem Bedachten eine nach dem Willen des Erblassers sichere Aussicht auf den künftigen Erwerb gibt, und damit das Vermächtniß in ein festes Verhältniß zu ihm bringt. Hierauf beruht es[7], daß nach der Zeit des Anfalls die Fähigkeit des Vermächtnißnehmers bedacht zu werden bemessen wird[8], daß der nach dem Anfall eintretende Tod des Vermächtnißnehmers

Lage ist, möglicherweise nichts zu erhalten. Wenn andererseits zuzugeben ist, daß der Ausdruck Anfall nach seinem Wortsinn nicht nothwendigerweise den Gegensatz gegen den Erwerb bezeichnet, so sind wir hier, wie so oft, in der Lage, einen Ausdruck des Lebens zu einem technischen Ausdruck ausprägen zu müssen, und Anfall der Erbschaft im Gegensatz zum Erwerb der Erbschaft ist Allen geläufig. Vgl. Regelsberger Altersvorzug der Pfandre S. 115 fg., Brinz 1. Aufl. S. 948; dawider ohne triftige Gründe Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 125 [1]. Vgl. noch Arndts § 554 [1] und Forts. von Glück S. 247 fg., Unger § 62 [3], Grünh. ZS. XIII S. 425 fg. (Verf. ungenannt). — Die Quellen sagen im Gegensatz zum dies cedens: dies legati (fideicommissi) venit, jedoch, soviel ich sehe, nur vom befristeten Vermächtniß.

[5] Die Quellen sagen zunächst, daß vor dem Erwerbe der Erbschaft das Vermächtniß nicht eingefordert werden könne, s. z. B. l. 7 pr. D. 36, 2. Daß aber der Vermächtnißnehmer vorher gar nicht Eigenthümer der vermachten Sache ist, dafür s. l. 7 § 5 D. 4, 3, l. 15 pr. D. 9, 2, l. 69 pr. D. 30, l. 38 D. 31. Ebensowenig ist er vor dem Erwerbe der Erbschaft Forderungsberechtigter; wenn die Quellen sagen, daß mit dem dies cedens „petitio legati“ auf den Vermächtnißnehmer übergehe (s. z. B. l. 2. l. 7 § 3 D. 36, 2, l. 3 C. 6, 53), so meinen sie damit die künftige, nicht die gegenwärtige petitio. Vgl. auch l. 65 § 2. 3 D. 31, l. 68 § 3 D. 30. — Mehrheit der Erben: v. Crailsheim a. a. O. S. 399 fg.

[6] Nur ist auch vor Herankommen des bezeichneten Zeitpunkts die künftige Existenz des vermachten R. sicher. L. 9 § 2 D. 7, 9, l. 1 § 1 D. 35, 1 (vgl. I § 96 [4]). Daher l. 73 § 4 D. 35, 2: — „in diem relicta legata . . omnimodo deberi certum est“, und l. 9 D. 36, 3: — „deberi enim dicimus et quod die certa legatario praestari oportet, licet dies nondum venerit“. Auch ist von der Befristung des Vermächtnisses, d. h. des vermachten R., zu unterscheiden die Gewährung eines Ausstandes für das unbefristete. Vgl. I § 96 [4. 5]; auch E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 45 fg.

[7] Die Frage, ob der Anfall des Vermächtnisses den im Vermächtniß Substituirten ausschließt, ist Auslegungsfrage, aber im Princip zu bejahen. Vgl. § 557 [7]; l. 3 § 1. 2, l. 10 § 1 D. 34, 4, l. 26 [25] pr. D. 36, 1. Zimmern ACPra. IX S. 357 fg., Köppen Jahrb. für Dogm. V S. 207 fg., Arndts S. 232 fg. — Vgl. noch l. 26 D. 38, 2 (das angefallene Vermächtniß kommt bei der Berechnung des Vermögens des Vermächtnißnehmers in Betracht).

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber es ist nach Analogie des zu Note [9] und [10] Gesagten nicht zu bezweifeln. Vgl. § 639 [3].

dem Vermächtniß nicht schadet[9], so wie daß sich nach der Zeit des Anfalls der Erwerb für den Gewalthaber bestimmt[10].

Nicht immer übrigens geht der Anfall des Vermächtnisses dem Erwerbe vorher. Er thut es nicht: a) wenn der berufene Erbe ein nothwendiger Erbe ist (§ 595)[11]; b) wenn die Bedingung des Vermächtnisses erst nach dem Antritt der Erbschaft erfüllt wird; c) wenn das vermachte Recht an die Person gebunden ist[12]; d) wenn die Vorschiebung des Anfalls vor den Erwerb dem Vermächtniß schädlich sein würde[13].

[Das BGB. versteht unter dem Anfall des Vermächtnisses die Entstehung der Vermächtnißforderung (2176); der Anfall in diesem Sinne tritt im Allgemeinen bereits mit dem Erbfall, d. h. mit dem Tode des Erblassers ein (2176). Ist aber das Vermächtniß aufschiebend bedingt oder befristet, so erfolgt der Anfall erst mit dem Eintritt des Termins oder der Bedingung (2177). Wenn aber auch hiermit erst die Vermächtnißforderung entstehen soll, so hat sie doch Vorwirkungen; denn für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfall gelten die Sätze, welche für den Fall einer bedingt geschuldeten Leistung gelten (2179, vgl. 160). Daß das bedingte Vermächtniß sich im Zweifel, wie im gemeinen Recht, nicht vererbt, ergibt § 2074. Aber daraus, daß auch bei befristetem Vermächtniß das Gesetz die Forderung erst mit Eintritt des Termins entstehen läßt, darf man nicht etwa folgern, daß auch hier die Vererblichkeit erst mit Eintritt des Termins

---

[9] L. 5 pr. D. 36, 2. „Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum". L. 7 D. 36, 2, l. 6 C. 6, 53, l. un. § 7 C. 6, 51, und viele andere Stellen. Diese Wirkung des Anfalls tritt unter den übrigen Wirkungen desselben in den Quellen entschieden in den Vordergrund; s. namentlich Note [12]. Vgl. Arndts S. 203 fg.

[10] L. 5 § 7. l. 14 § 4 D. 36, 2, l. 18 D. 50, 17, l. 5 C. 6, 46. Arndts S. 216 fg. Man darf nicht sagen, daß dieser Satz heutzutage ganz unpraktisch sei: denn s. § 516 [18], 525 [15], § 572 [17]. Vgl. aber auch Arndts S. 229 fg.

[11] L. 68 § 1 D. 30: — „tunc enim . . in unum concurrit, ut et heres exsistat et dies legati cedat . .".

[12] L. 2. 3. 5 § 1. l. 8. 9 D. 36, 2, l. 1 § 3. 4 D. 7, 3. L. 3 D. 36, 2 cit. „Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit". S. auch die folgende Note a. E.

[13] Aus diesem Grunde läßt das r. R. das Vermächtniß, welches einem im Testament freigelassenen oder vermachten Sclaven hinterlassen ist, erst mit dem Erbschaftsantritt anfallen. L. 7 § 6. l. 8 D. 36, 2: — „nam cum libertas non prius competat, quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset antequam libertas competeret". Vgl. l. 86 § 1 D. 35, 1, l. 13 pr. D. 33, 5. Ja dieser Grund vermag sogar, wenn er mit dem Fall unter c zusammentrifft, den Anfall (und Erwerb) des Vermächtnisses noch über die Zeit des Antritts der Erbschaft hinauszuschieben. L. un. § 2 D. 7, 3, l. 18 D. 7, 4, l. 26 D. 45, 3, l. un. § 6 C. 6, 51.

einträte. Wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, so erfolgt der Anfall erst mit seiner Geburt (2178), und vorher ist von Vererblichkeit keine Rede; aber das künftige Recht genießt auch hier den gleichen Schutz wie eine bedingte Forderung (2179). Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls erzeugt, aber noch nicht geboren, so erfolgt der Anfall der Regel des § 2176 gemäß mit dem Erbfall; aber dieser Anfall kann doch nur als Anfall eines künftigen Rechts der Leibesfrucht gedacht werden (vgl. 1912); definitiv entstehen und vererblich werden kann das Recht erst mit der Geburt. Soll die Persönlichkeit des Bedachten erst durch ein künftiges Ereigniß bestimmt werden, so erfolgt der Anfall erst mit dem Ereigniß (2178), und vorher ist Vererbung nicht denkbar; die künftige Forderung wird aber wiederum geschützt nach Art einer bedingten (2179).

Das BGB. hat den Grundsatz, daß der Erblasser den Nachlaß nur auf eine Generation soll binden können. Daher muß bei bedingtem oder befristetem Vermächtniß Bedingung oder Befristung binnen dreißig Jahren eintreten; ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt, so muß er binnen dreißig Jahren erzeugt sein; soll die Persönlichkeit des Bedachten erst durch ein künftiges Ereigniß bestimmt werden, so muß das Ereigniß binnen dreißig Jahren eingetreten sein, sonst ist das Vermächtniß unwirksam (2162). Wenn aber das Vermächtniß angeordnet ist für den Fall eines bestimmten Ereignisses in der physischen Person des Beschwerten oder des Bedachten, und derjenige, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt, so ist die damit gegebene Grenze für ausreichend erachtet: das Vermächtniß kann in solchem Falle spätestens beim Tode eines zur Zeit des Erbfalls Lebenden (Concipirten) anfallen, und es soll nun nicht darauf ankommen, ob das maßgebende Ereigniß mehr als dreißig Jahre nach dem Erbfall eintritt. Lebt dagegen die Person, in welcher das Ereigniß eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls nicht, so bleibt es bei der dreißigjährigen Frist für den Anfall. So also, wenn einem zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Nacherben oder Vermächtnißnehmer ein Vermächtniß auferlegt oder dasselbe einem zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Vermächtnißnehmer zugewandt ist. Auch dann aber ist die dreißigjährige Frist nicht maßgebend, wenn ein Erbe, ein Nacherbe oder ein Vermächtnißnehmer für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, mit einem Vermächtniß zu Gunsten des Geborenen beschwert ist (2165). Es ist nicht die Meinung (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 6741), daß das Vermächtniß dem Bruder oder der Schwester schon mit ihrer Geburt anfallen muß; es kann ihnen auch für den Fall eines anderen in ihrer Person eintretenden Ereignisses bestimmt werden, obwohl sie zur Zeit des Erbfalls noch nicht leben.]

2. Annahme und Ausschlagung.

§ 643.

Das Vermächtniß wird dem Bedachten erworben ohne seinen Willen, ja ohne sein Wissen[1]. Aber es wird ihm nicht erworben

[1] L. 77 § 3 D. 31: „Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat recte mandatur: nam et ignorantes adstriguntur fidei- § 643.

gegen seinen Willen; er kann es ausschlagen, und wenn er es ausschlägt, wird es so angesehen, als habe er das vermachte Recht nie gehabt[2]. Die Erklärung, das Vermächtniß annehmen zu wollen, hat

---

commisso quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur". L. 19 § 1 D. 8, 6 (²).

² So lehrten die Sabinianer, während die Ansicht der Proculianer dahin ging, daß die vermachte Sache bis zur Erklärung des Bedachten ohne Eigenthümer sei, und daß erst durch diese Erklärung rückwärts bestimmt werde, wem sie von Anfang an gehört habe. Gai. II, 195. 200. Daß, wie hier angenommen ist, in der Compilation die Ansicht der Sabinianer gebilligt sei, ist die herrschende Meinung. Für das Gegentheil hat sich ausgesprochen namentlich Köppen Jahrb. für Dogm. V S. 184 fg. 377. XI S. 196 fg. Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 35. 54, s. außerdem Pöschmann Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga (Lipsiae 1857) obs. 1 und dens. Studien zu Gajus Heft 2 (Leipzig 1860) Vorwort, Dietzel Heidelb. kr. ZS. V S. 554, Baron Gesammtrverhältnisse S. 427. 435, Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 476 fg.; gegen diese neue Lehre Fitting ACPra. XLII S. 147—167, v. Crailsheim a. a. O. (§ 642) S. 370—390, Arndts § 555 Anm. § 560 ² und Forts. v. Glück S. 264 fg., Unger § 62 ², Vangerow II § 529, Wächter das schwebende Eigenthum (1871) S. 7, Brinz 2. Aufl. III § 427 ⁵⁰. [Conze Bedarf es zum Erwerb des Vermächtnisses der Annahme? Erl. Diss. 1895.] Gegen die neue Lehre spricht m. E. zwar nicht Alles, was man gegen sie geltend gemacht hat, aber doch in hinreichend entscheidender Weise: 1) daß die Proculianer auch lehrten, daß bei einem bedingten Vermächtniß der Zustand der Herrenlosigkeit der Sache bis zur Entscheidung über Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung fortdauere (Gai. II, 200), und hier ganz unzweifelhaft die gegentheilige Meinung recipirt ist, l. 66 C. 6, 1, l. 11 § 1 D. 8, 6, l. 12 § 2 D. 10, 2, l. 9 § 5 D. 15, 1, l. 32 § 1 D. 31, l. 29 § 1 D. 40, 9; 2) daß nach l. 16 § 1 D. 28, 1, l. 24 pr. D. 44, 7, l. 7 § 8 C. 5, 70 auch ein Wahnsinniger ein Vermächtniß erwerben kann (die genannten Stellen, wie Köppen will, bloß vom Anfall zu verstehen, ist Willkür); 3) vor Allem aber l. 19 § 1 D. 8, 6. „Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat: ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat". Köppen erklärt in dem ersten der oben genannten Aufsätze die Aufnahme dieser Stelle für ein Versehen der Compilatoren, gegenwärtig sucht er sich mit der Idee des werdenden Eigenthums (der Vermächtnißnehmer sei Eigenthümer unter der condicio iuris seines Wollens, vgl. I § 89 ¹³ᵃ) zu helfen. Unter den Stellen, welche Köppen für seine Ansicht anführt, haben noch das meiste Gewicht diejenigen, in welchen geleugnet wird, daß in der Ausschlagung eines Vermächtnisses eine Vermögensverminderung liege, l. 5 § 5 D. 23, 3, l. 5 § 14 D. 24, 1, l. 1 § 6 D. 38, 5, l. 6 pr. § 4 D. 42, 8; aber wenn nach Ausschlagung des Vermächtnisses es so gehalten wird, als hätte der Vermächtnißnehmer nie gehabt, so vermindert er ja wirklich durch die Ausschlagung sein Vermögen nicht, u. s. andererseits auch l. 5 § 8 D. 27, 9. (Der Anonymus in Grünh. ZS. XIII S. 414 fg. glaubt, daß

also nur die Bedeutung, daß durch sie die rechtliche Möglichkeit, das Vermächtniß auszuschlagen, verloren wird.

Für die Gültigkeit der Annahme- und Ausschlagungserklärung gelten im Allgemeinen die gleichen Regeln, wie für die Gültigkeit der Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft[3]. Namentlich ist auch hier die Erklärung des Bedachten nicht bindend vor dem Anfall[4], und es schadet Mangel der Ueberzeugung von der Wirksamkeit der Erklärung[5], sowie Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung[6]. Endlich ist auch hier Annahme eines Theils Annahme des Ganzen[7].

die vorgenannten Stellen durch ein Versehen der Compilatoren aufgenommen worden seien.) L. 13 D. 28, 7 will nur betonen, daß Annahmeerklärung vor erfüllter Bedingung wirkungslos sei (nicht das R. zum Ausschlagen nehme); wenn es in l. 44 § 1 D. 30 heißt: „ubi legatarius non repudiavit, (res) retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est", so wird im princ. der Stelle ganz das Gleiche gesagt für das Verhältniß des Gewalthabers zu einer Sache des peculium castrense, wenn der Gewaltunterworfene stirbt, ohne über dieselbe verfügt zu haben; wenn l. 86 § 2 D. 30 sagt, daß das Rverhältniß der vermachten Sache bis zur Erklärung des Vermächtnißnehmers „in suspenso" sei, so ist das ja wahr für das definitive Rverhältniß; was endlich l. 38 § 1 D. 30 („nec confusas servitutes", „integra furti actio manebit") und l. 3 D. 33, 3 („an viae legatum salvum esset") angeht s. l. 57 pr. D. 7, 1. l. 21 § 2 D. 5, 2. Vgl. für die Sabinianische Ansicht auch noch l. 81 § 6 D. 30. [Zu l. 13 § 3 D. 9, 2 s. Vanni per il XXXV anno d'insegnam. di F. Serafini pr. 173 s.]

[3] S. § 596. 597. Doch kommt in Betracht, daß die Annahme eines Vermächtnisses nie eine Vermögensverminderung enthält. Vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 205 fg.

[4] Ja l. 45 § 1 D. 31 verlangt bei dem befristeten Vermächtniß zur Gültigkeit der Ausschlagung Herankommen des bezeichneten Zeitpunktes. Aber es ist schon I § 96 [5] bemerkt worden, daß in dieser Entscheidung das letzte Wort des r. R. nicht gefunden werden kann. In der That ist es nicht denkbar, daß auf ein Vermächtniß nicht sollte verzichtet werden können, nachdem es in ein so festes Verhältniß zum Vermächtnißnehmer getreten ist, daß es auf die Erben übergeht und dem Gewalthaber erworben wird. Scheurl Beiträge II. 2 S. 39 will l. 45 § 1 cit. daraus erklären, daß überhaupt nur das erworbene Vermächtniß gültig ausgeschlagen werden könne, welcher Satz aber durch die dafür angezogenen Stellen, l. 5 § 8 D. 27, 9 und l. 174 § 1 D. 50, 17, nicht bewiesen wird. Für Scheurl jedoch Pescatore alternative Obligation S. 109 [15] (dessen Berufung auf l. 16 D. 33, 5 wegen der Besonderheit der optio legata im klassischen R. [§ 661 [2. 9. 12. 18]] hinfällig ist) und Brinz 2. Aufl. III § 427 [15].

[5] L. 23 D. 29, 2. „In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is qui repudiat". Sf. VII. 339.

[6] Köppen a. a. O. S. 213.

[7] L. 4. 6. 23. 58 D. 31. Vgl. l. 38 pr. D. 30. „Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet".

[Annahme und Ausschlagung haben nach BGB. die gleiche Bedeutung wie nach gemeinem Recht (2180 Abs. 3. 1953 Abs. 1. 2. 2180 Abs. 1). Die Erklärungen erfolgen formlos gegenüber dem Beschwerten (2180 Abs. 2 S. 1). Sie können erst nach dem Eintritt des Erbfalls abgegeben werden (2180 Abs. 2 S. 2); dagegen ist nicht nöthig, daß der Anfall des Vermächtnisses bereits eingetreten ist, wenn dieser noch nicht mit dem Erbfall gegeben ist (vgl. 2177. 2178). Die Ausschlagung zwischen Erbfall und Anfall ist namentlich deßhalb mit Recht zugelassen, weil damit die Möglichkeit eröffnet wird, den Beschwerten von seiner Verantwortung (2179) zu befreien. Der Satz zu [5] gilt nicht, wohl aber der zu [6] (2180 Abs. 2 a. E.). Nicht nur die Ausschlagung eines Theils, sondern auch die Annahme eines solchen (entgegen [7]) ist unwirksam (2180 Abs. 3. 1950). Das Ausschlagungsrecht ist vererblich. Jeder Theilerbe kann seinen Theil des Vermächtnisses ausschlagen (2180 Abs. 3. 1952 Abs. 1. 3).]

3. Anwachsung bei Vermächtnissen.

§ 644.

Wird ein Vermächtniß nicht erworben[1], so gereicht dieß, abgesehen von dem Fall, wo ein Substituirter vorhanden ist (§ 637), zum Vortheil des Beschwerten[2]. Ist aber Mehreren Einunddasselbe vermacht[3], so fällt, wenn Einer von ihnen nicht erwirbt, der Theil, welchen er erhalten haben würde, wenn er erworben hätte, an die Uebrigen, welche zum Erwerbe gelangen[4]; sein Theil wächst denselben an[5].

---

* M. S. Mayer das R. der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbr. und bei Legaten und Fideicommissen S. 85 fg. (1835). K. A. Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsr. bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Iulia et Papia (1837). Darüber Huschke in den kr. Jahrb. f. deutsche RW. 1838 S. 308—332. S. ferner: Francke Beiträge I S. 111 fg. (1828). Roßhirt Vermächtnisse I S. 589 fg. (1835). Witte RLex. I S. 313 fg. (1838). Dworzak Beiträge zur Lehre vom ius accrescendi, besonders bei Legaten, Haimerl's österr. VJS. VIII S. 1—91 (1861). Burchardi Jahrb. d. gem. R. V S. 1 fg. (1862). Baron Gesammtrverhältnisse S. 420—446 (1864). van Wetter Droit d'accroissement entre collégataires (1866). Arndts Fortſ. von Glück XLVI S. 476—519 (1869). XLVIII S. 1—198 (1875). Samter AcPra. LX S. 77 fg. (1877). Vangerow II § 547. Sintenis III S. 707—710. Unger § 63. [Mücke das Anwachsungsr. unter Vermächtnißnehmern, Gött. Diss. 1895.]

§ 644. [1] Gleichgültig, ob es wenigstens angefallen ist, oder ob auch kein Anfall stattgefunden hat.

[2] L. 17 pr. l. 60 D. 31, l. un. § 3. 4. 7. 8. 11 C. 6, 51.

[3] Eineunddieselbe Sache, einunddieselbe Summe oder Quantität, eineunddieselbe Arbeitsleistung ꝛc.

[4] § 8 I. 2, 20. „Si eadem res duobus legata sit . . . si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet“.

1. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen hat den gleichen Grund, wie das Anwachsungsrecht bei Erbschaften (§ 603. 604); es beruht auf dem Willen des Erblassers[6]. Wer Mehreren Einunddasselbe vermacht, vermacht deßwegen nicht weniger einem Jeden das Ganze, weil er es auch dem Andern vermacht; jeder erhält daher Soviel vom Ganzen, als der Andere nicht erwirbt[7]. Das Anwachsungsrecht ist daher auch bei Vermächtnissen nicht sowohl ein Anwachsungsrecht, als ein Nichtabwachsungsrecht[8].

2. Das Anwachsungsrecht tritt ein, mag der vermachte Gegenstand jedem der mehreren Bedachten besonders, d. h. jedem durch eine besondere Verfügung, oder mag er allen zusammen, d. h. durch eine und dieselbe Verfügung, vermacht worden sein[9]. Doch ist im

---

[5] Die neuesten Bestimmungen des r. R. über das Anwachsungsr. enthält l. un. C. 6, 51 (a. 534, vgl. Const. *Dedit* § 6). In dieser Constitution hob Justinian die Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea auf, durch welche das Anwachsungsr., abgesehen von dem Falle ursprünglicher Ungültigkeit der Verfügung, fast ganz verdrängt worden war (Gai. II, 206—208, Ulp. XVII, 2. XVIII. XXIV, 12. 13), ohne jedoch das frühere R. vollständig wiederherzustellen (vgl. § 604 [1]). So hat er namentlich den Unterschied getilgt, welchen das ältere R. in Betreff des Anwachsungsr. zwischen den verschiedenen Arten der Vermächtnisse machte, je nach dem sie ein dingliches R. oder ein Forderungsr. begründeten. Vgl. Note [9].

[6] Nur daß bei Erbschaften außer dem Willen des Erblassers auch der Wille des Gesetzes (§ 604, 2) in Betracht kommt.

[7] L. 80 D. 32. „Coniunctim . . . legari hoc est . . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri". L. 1 § 3 D. 7, 2: — cum . . non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum". L. 1 § 4. l. 3 pr. eod., l. 34 § 10 D. 30, vgl. auch l. 15 § 18 D. 39, 2.

[8] In dem § 603 [2a] bezeichneten Sinne. Vgl. l. 34 § 10 D. 30: „interim . . . partem habebit". Dann aber „retro adcrevisse ei dominium videtur", l. 35 D. 9, 2. S. auch l. 3 D. 33, 3. Abweichend allerdings l. 44 § 2 D. 38, 2; aber diese Stelle gibt die gleiche Entscheidung auch für den servus postliminio reversus, es scheint hier eine stricte Interpretation der Worte des prätorischen Edicts „cum moritur libertus" (l. 3 § 20 eod.) vorzuliegen. — Arndts XLVIII S. 13 fg. denkt sich (allerdings nur für das Justinianische R. und nur für den Fall der re et verbis coniunctio [vgl. [14]]) das Verhältniß so, daß der Wille des Erblassers zunächst („eigentlich") jedem der Vermächtnißnehmer Theile zuwende, nur eventuell das Ganze. Ich halte das nicht für richtig. Umgekehrt: der Wille des Erblassers ist in erster Linie auf das Ganze gerichtet, und erst in zweiter Linie, weil er das Ganze an Mehrere vergibt, auf Theile. Der Auffassung Arndts' widerspricht die Regel zu Note [16]. Dagegen zwar Arndts a. a. O. S. 87; aber was ist „eventuell" anders, als „bedingt"?

[9] § 8 I. 2, 20. „Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim . ." ([4]). L. 1 § 3 i. f. D. 7, 2, l. un. § 11 C. 6, 51. In dem Falle, wo der Erblasser den Gegenstand jedem der Bedachten besonders vermacht hat, ist es ganz klar, daß er Jedem das Ganze hat geben wollen; aber

Falle, wo ein Gegenstand jedem der mehreren Bedachten besonders vermacht worden ist, zuzusehen, ob der Erblasser auch wirklich gewollt hat, daß ihn Jeder, und nicht vielmehr, daß ihn nur der Letztgenannte erhalten solle; möglich ist es auch, daß der Erblasser jedem Bedachten das Ganze in dem Sinne hat zuwenden wollen, daß der Eine den vermachten Gegenstand selbst, der Andere seinen Werth erhalten solle[10]. Hat der Erblasser einen Gegenstand Einigen zusammen, einem Andern besonders vermacht, so haben die Ersten unter sich ein vorzugsweises Anwachsungsrecht[11]. Kein Anwachsungsrecht findet statt unter denjenigen, denen bloß zusammen, aber nicht Einunddasselbe vermacht ist[12], und dieser Fall liegt im Zweifel auch dann vor, wenn Mehreren zusammen derselbe Gegenstand je zu einem bestimmten Theil vermacht ist[13].

---

dieser sein Wille ist nicht weniger vorhanden, wenn er den Gegenstand Allen zusammen vermacht hat. Wer eine Sache dem „A und B" vermacht, will für den Fall des Nichterwerbs des Einen entweder, daß der Andere nichts, oder daß er die Sache haben solle; denn vermacht hat er eben die Sache, nicht Theile der Sache. — Doch hat das ältere r. R. dieser Willensauslegung nicht bei allen Arten der Vermächtnisse Raum gegeben, nicht nämlich bei denjenigen, welche nicht auf Begründung eines dinglichen R., sondern auf Begründung einer Obligation gerichtet waren (legatum per damnationem, legatum sinendi modo, fideicommissum). Gai. II, 205, Ulp. XXIV, 13, Vat. fr. § 85. Denn durch ein solches Vermächtniß, nahm man an, ist eben nicht die Sache vermacht, welche eine sichtbare Einheit bildet, sondern eine Obligation, welche als gedachtes Ding der Spaltung in verschiedene für sich bestehende Obligationen keinen Widerstand leistet. Vgl. II § 292, und über die verschiedenen Auffassungen Francke S. 115, Mayer S. 90 fg, Schneider S. 52 fg., Huschke S. 309 fg., Dworzak S. 23 fg., Arndts XLVI S. 483 fg., Samter S. 97 fg., auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 253 fg. Justinian hat, wie bereits bemerkt (⁵), diese verschiedene Behandlung der Obligationsvermächtnisse beseitigt; doch sind in der Compilation nicht alle Spuren des früheren R. getilgt. L. 16 pr. l. 34 § 9. l. 84 § 8 D. 30, l. 7 D. 31, l. 38 § 2 D. 32. Vgl. Sf. III. 83. — Was die Ausdrucksweise der Quellen angeht, so findet sich neben dem Sprachgebrauch, welcher unter „coniunctim legare" ein Vermachen in verbundener Rede versteht (s. oben), ein anderer, welcher die coniunctio auf die Identität des vermachten Gegenstandes bezieht, re coniunctio im Gegensatz der verbis coniunctio. S. z. B. l. 80 D. 32 (⁷), l. 20 D. 31, l. 1 pr. D. 7, 2, und vgl. l. 142 D. 50, 16 und oben § 604 ².

[10] S. § 625 ¹.

[11] L. 34 pr. i. f. D. 30: — „si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur". L. 1 § 2 D. 7, 2. Arndts XLVIII S. 51 fg.

[12] Bloße verbis coniuncti haben kein Anwachsungsr. Dieser Satz folgt aus dem Wesen des Anwachsungsr.

[13] Denn dann ist die nächstliegende Auslegung der Vermächtnißverfügung die, daß ihnen eben nicht Einunddasselbe vermacht ist, sondern Jedem etwas Be-

3. Wenn der Umstand, ob Einunddasselbe Mehreren zusammen, oder ob es jedem der Mehreren besonders vermacht ist, gleichgültig ist für das Ob des Anwachsungsrechts, so ist er nicht gleichgültig für das Wie des Anwachsungsrechts. Denjenigen nämlich, welchen Einunddasselbe zusammen vermacht worden ist, wächst nur an mit ihrem Willen, denjenigen dagegen, welchen jedem besonders vermacht

---

sonderes, sein Theil; ein Gegenstand zu einem Theil ist nichts Anderes, als ein Theil des Gegenstandes. Anders nur dann, wenn der Erblasser in der That nicht jedem seinen Theil, sondern den Gegenstand hat vermachen wollen, und die Theilbezeichnung bloß in dem Sinne hinzugefügt hat, um das Theilungsverhältniß zu bezeichnen für den Fall, daß es zur Theilung kommen sollte. Es kann der Erblasser dieß gewollt haben, vgl. l. 15 § 1. l. 16 § 2 D 30, l. 4 [5] § 1. l. 5 [6]. 6 [7] pr. D. 34, 5; aber im Zweifel darf nicht angenommen werden, daß er es gewollt habe. So entscheidet l. 11 D. 7, 2, daß kein Anwachsungsr. stattfinde, „si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset"; s. auch l. 20 D. 31. Die entgegengesetzte Entscheidung gibt zwar l. 89 D. 32. (‚Titio et Seio fundum aequis portionibus do lego'). Aber diese Stelle ist durch ein Versehen der Compilatoren aufgenommen worden; sie enthält das R. der lex Iulia et Papia Poppaea, welche das Nichterworbene an den Fiscus fallen ließ, vor dem Fiscus aber an die im Testament Bedachten, welche Kinder hatten, und zwar zuerst an die Erben, dann an die Vermächtnißnehmer, vor den Erben aber an den collegatarius coniunctus; hier verstand man die coniunctio auch von der bloßen verbis coniunctio (denn daß nur eine solche in dem bezeichneten Falle vorliege, erkennt auch die citirte Stelle an). Vgl. Gai. II, 207. 208. Vangerow II § 547 Anm. Nr. 1 und die das. Citirten, Arndts XLVIII S. 26 fg. Ebensowenig läßt sich ein Anwachsungsr. derjenigen, welchen ein Gegenstand zusammen mit Theilbezeichnung hinterlassen worden ist, auf l. un. § 11 C. 6, 51 gründen, wie das thun Rudorff ZS. f. gesch. RW. VI S. 426, Mayer S. 215 fg., Witte S. 319 fg., Huschke S. 327 fg., Burchardi S. 14 fg., Samter S. 154 fg.; s. dagegen Dworzak S. 42 fg. 73 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 2, und die von Diesen Citirten, namentlich auch Unger § 63 [3. 5]. Arndts XLVIII S. 30 fg. L. un. § 11 cit hat nach meiner Meinung an den Fall, wo Mehreren ein Gegenstand mit Theilbezeichnung hinterlassen worden ist, gar nicht gedacht: wie hätte sie sonst vorschreiben können, daß der ausfallende Theil den Uebrigen „pro virili portione" anwachsen solle? Theilung ist doch nicht nothwendig Theilung in gleiche Theile. Vgl. noch § 604 [3]. — Ueber l. 41 pr. D. 31 s. Baumeister Anwachsungsr. unter Miterben S. 235 fg., Roßhirt I S. 609 fg., Huschke S. 312. 313, Dworzak S. 78 fg., Unger § 63 [5], Arndts XLVIII S. 52 fg., Serafini Arch. giur. XIV p. 42 ss., Samter S. 112 fg., Strohal (§ 603 [1a] d) S. 122 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 418 [62]. [Arnò studii giuridici ded. e off. a. F. Schupfer I p. 15 s. (1898).] Die richtige Erklärung dieser Stelle läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie nicht eine Anwendung des Anwachsungsr. enthält (obgleich sie diesen Namen gebraucht, aber s. § 603 [2], l. 10 D. 7, 2), sondern für den Fall, wo Mehr als das Ganze vermacht ist, den Theilungsnenner bestimmt (vgl. § 552 [11]). Dabei muß allerdings angenommen werden, daß „Seius" vor dem Erblasser gestorben ist. — Sf. II. 211, XIV. 104.

worden ist, auch gegen ihren Willen[14]. Dafür tragen die Letzteren nicht die dem ausfallenden Vermächtnißnehmer auferlegten Lasten, wohl die Ersteren[15].

4. Das Anwachsungsrecht setzt nicht voraus, daß derjenige, welchem anwachsen soll, den Anwachsungsfall erlebe[16].

[Nach BGB. (2158) setzt das Anwachsungsrecht voraus, daß der Erblasser Mehreren denselben Gegenstand vermacht, gleichviel in welcher redactionellen Form; auch dann, wenn der Erblasser die Antheile der Bedachten bestimmt hat, tritt Anwachsung ein (entgegen dem Satz zu [13]). Der Erblasser kann aber die Anwachsung ausschließen, und ob er sie ausgeschlossen wissen wollte, ist Auslegungsfrage. Die Anwachsung tritt ein, wenn ein Mitvermächtnißnehmer vor oder nach dem Erbfalle wegfällt, gleichviel aus welchem Grunde: Vorversterben (2074. 2160), Verzicht (2352), Ausschlagung (2176), Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (2345). Die Anwachsung erfolgt zu Gunsten der Uebrigbleibenden (oder ihrer Erben) nach Verhältniß ihrer Antheile, jedoch mit Vorzug derer untereinander, welche einen gemeinschaftlichen Theil haben. Der Ersatzvermächtnißnehmer geht den Anwachsungsberechtigten vor (2190. 2099). Der Anwachsungsberechtigte trägt die dem Weggefallenen auferlegten Lasten (2161), aber nur mit dem Anwachsungstheile, nicht mit seinem ursprünglichen Theile (2159).

[14] So bestimmte Justinian in l. un. § 11 cit., während nach älterem R. die Anwachsung immer mit rlicher Nothwendigkeit eintrat. Vgl. übrigens Schneider S. 257 fg., und dagegen Huschke S. 331, Arndts XLVIII S. 9 fg. Unger § 64 [4] sieht in dieser Bestimmung Justinian's eine „feine" Unterscheidung; ich kann darin nur eine Verkennung des Wesens des Anwachsungsr. erblicken. Justinian denkt das Verhältniß sich offenbar so, daß der Erblasser jedem der mehreren re et verbis coniuncti zunächst einen Theil gebe, eventuell aber, durch eine zweite Verfügung, auch den Theil des Mitvermächtnißnehmers, so daß jeder als auf den Theil des Andern substituirt erscheint. Aber eine solche Substitution ist in der Verfügung des Erblassers nicht enthalten; vielmehr beruht der Anspruch eines Jeden auf den Theil des Genossen lediglich darauf, daß auch ihm das Ganze vermacht worden ist. Bei der Erbschaft (§ 10 eod.) hat Justinian dieß auch vollkommen richtig erkannt und sogar in sehr prägnanter Weise ausgesprochen: „quia coniuncti . . propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant". Vertheidigt wird Justinian's Anordnung neuerdings von Arndts XLVIII S. 13 fg., für eine Consequenz der l. 1 C. 6, 43 hält sie Samter S. 147 fg. Die Beweisführung beider Schriftsteller paßt aber in gleicher Weise auf den Fall der bloßen re coniunctio, was auch Arndts kaum leugnet (S. 18 unten), Samter allerdings bestreitet (S. 143. 150).

[15] L. un. § 11 cit. Vgl. l. 54 § 1 D. 35, 1. Die herrschende Meinung läßt auch die Ersteren (die re et verbis coniuncti) nicht haften in dem Fall, wo die Verfügung zu Gunsten der Mitvermächtnißnehmer von Anfang an ungültig ist, auf Grund von l. un. § 3 eod. S. darüber § 603 [12]. Für die herrschende Meinung neuerdings Samter S. 144 fg.

[16] L. 26 § 1 D. 35, 1. Justinian hätte für den Fall der re et verbis coniunctio bei seiner Auffassung dieses Falles ([14]) eigentlich das Gegentheil bestimmen sollen. Er hat es aber nicht gethan, und ich halte es für unzulässig,

§ 645.

Eine besondere Gestaltung nimmt das Anwachsungsrecht beim Nießbrauch an[1]. Da der Nießbrauch ein nicht auf Dauer berechnetes Recht ist, so wächst er an auch nach dem Erwerbe, wenn er hinterher wieder verloren wird[2], und er wird für das Anwachsungsrecht verloren auch nach seiner Vereinigung mit dem Eigenthum aus denselben Gründen, aus welchen er verloren worden sein würde, wenn er selbständig geblieben wäre[3]. Daß derjenige,

---

ihm diese Bestimmung auf dem Wege einer Entwickelung seines Gedankens zu octroyiren. Vgl. auch Samter S. 153 [12].

[1] Dig. 7, 2 de usufructu accrescendo. — Glück IX S. 263 fg. (1808). H. Heimsoeth Diss. de usufructu accrescendo ex iure Romano (1831). Roßhirt Verm. I S. 616 fg. (1835). Schneider Anwachsungsr. bei Legaten (§ 644*) S. 283 fg. Witte RLex. I. S. 231 fg. (1838). Elvers die römische Servitutenlehre S. 727 fg. (1856). Baron Gesammtrverhältnisse S. 177 fg. (1864). Schlayer ACPra. LI S. 334 fg. (1868). Arndts XLVIII S. 101 fg. (1875). Vangerow II § 554. Unger § 71 [5]. § 645.

[2] L. 4 § 3 D. 7, 2: — „in usufructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius adcrescendi admittit". Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft der Re. S. 47 fg. versteht in beachtenswerther Weise diese Worte anders, nämlich dahin, daß der Verlust des Nießbrauchs die Anwachsung (an denjenigen, welcher den Nießbrauch verloren habe) nicht ausschließe ([4]), indem er sich darauf beruft, daß auch das verlorene Eigenthum dem Miteigenthümer anwachse, wenn es schlechthin (ohne Nachfolge) verloren werde. In der soeben citirten Stelle heißt es weiter: „Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum". S. auch l. 1 pr. D. 7, 3. Vgl. über die verschiedenen Weisen, wie man sich diesen Satz zurechtzulegen gesucht hat, Schneider S. 285 fg. und die das. Citirten; aus der neueren Zeit Elvers S. 730 fg., Baron S. 178 fg., Vangerow S. 536, Unger a. a. O., Arndts XLVIII S. 107 fg., Scheurl a. a. O. S. 48 fg.

[3] L. 3 § 2. l. 6 pr. D. 7, 2. L. 3 § 2 cit.: — „et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, isdem et nunc amittet". In den Vaticanischen Fragmenten (§ 83) lautet die Stelle: — „et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor subsecutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario, et ita Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius putat: quamquam Iulianus lib. XXXV Digestorum scribat, ipsi quidem ius accrescendi (competere, non vero fructuario ab eo). Arndts XLVIII S. 167 fg. glaubt, daß das Gleiche auch in dem Falle gelte, wo der Nießbrauch bei dem einen der Vermächtnißnehmer von Anfang an mit dem Eigenthum verbunden ist. Mir ist das zweifelhaft. Ein unmittelbarer Beweis für diese Ausdehnung liegt jedenfalls nicht vor. Ueber l. 26 § 1 D. 33, 2 vgl. Arndts a. a. O. S. 175 fg.

welchem anwachsen soll, seinen Theil des Nießbrauchs nicht verloren habe, ist Voraussetzung des Anwachsungsrechtes nicht[4].

[Dem BGB. nicht bekannt.]

---

[4] L. 10 D. 7, 2. „Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit . .". Dieß wird auch so ausgedrückt: „ususfructus non portioni sed homini accrescit", l. 14 § 1 D. 44, 2. L. 33 § 1 D. 7, 1. Ueber die schwierige l. 10 D. 7, 2 cit. vgl. im Uebrigen die (Inaugural-) Abhandlung von K. Witte in dessen Abhandlungen aus dem Gebiete des r. R. Nr. 1 (1817), ferner Keller Litiscontestation und Urtheil S. 177 fg., und von den oben citirten Schriftstellern Glück S. 287 fg., Heimsoeth p. 22 sqq., Roßhirt S. 620, Schneider S. 295, Witte (RLex.) S. 324[24], Elvers S. 733, Arndts XLVIII S. 131 fg., Serafini Arch. giur. XIV p. 45 ss. (neue Auslegung, dagegen Arndts kr. VJS. XVII S. 583 fg.), Scheurl a. a. O. (³) S. 51 fg. Ueber l. 33 § 1 D. 7, 1 cit. s. Glück IX S. 286. XVI S. 348, Keller a. a. O. S. 278 fg., Schneider S. 292 fg., Windscheid die Actio 2c. S. 98 fg., Vangerow I § 173 S. 283. — Die herrschende Meinung fügt dem Satze, daß auch demjenigen anwachse, welcher seinen Theil verloren habe, die Beschränkung hinzu, daß derselbe durch Anwachsung nicht auch den verlorenen Theil selbst zurückerlangen könne, unter Berufung auf l. 3 § 2 D. 7, 4: — „neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere: placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo quod amittit nihil accrescere". Gegen diese Beschränkung hat sich Schlayer in dem oben citirten Aufsatz erklärt, und, wie ich glaube, mit Recht. Denn die Vergleichung mit Vat. fr. § 75. 76 läßt kaum einen Zweifel daran übrig, daß die oben citirten Worte den Rückerwerb des Nießbrauchs leugnen wollen nicht für den Fall des Wegfalls des Mitvermächtnißnehmers, sondern eben für den Fall des Verlustes durch den Vermächtnißnehmer selbst. Eine rücksichtslose Ausbeutung des Satzes nämlich: ususfructus quotidie constituitur (³) mußte zu dem Resultate führen, daß der Nießbrauch eigentlich gar nicht verloren werden könne, und, so wunderbar es klingt, wir lernen aus Vat. fr. § 75, daß in der römischen Jurisprudenz sogar die Meinung vertreten war (Sabinus): „eum, qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere", welche Meinung denn freilich von Celsus für eine thörichte (stolida) erklärt wurde. Hiernach ist der Sinn der l. 3 § 2 cit. folgendermaßen zu bestimmen: „derjenige, welchem ein Nießbrauch mit einem Andern zusammen, und welchem zugleich für den Fall des Verlustes seines Theils dieser Theil wiederholt vermacht ist, concurrirt nach dem Verlust mit dem Mitvermächtnißnehmer für einen Theil (den ihm durch das zweite Vermächtniß zurückgegebenen Theil), und nicht für das Ganze, und danach bemißt sich auch das Anwachsungsr., denn das darf nicht gesagt werden, daß der Verlust des Nießbrauchs gar keine Aenderung hervorbringe, als wenn der Nießbraucher im Momente des Verlustes in seine frühere Stellung wieder einträte". Dabei ist es ein nahe liegender Gedanke, daß die Worte „etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere", welche gleich darauf in unerträglicher Weise wiederholt werden, ein aus eben diesem Folgenden entlehntes Glossem sind, und daß demnach statt „resumit" zu lesen ist „resumere". Die Worte „ex eo quod amittit" sind dann zu erklären: auf Grund davon, daß er verliert. Wenn gefragt wird, warum die Stelle nicht aus dem ersten Vermächtniß Anwachsung auf das Ganze eintreten lasse,

F. Recht des erworbenen Vermächtnisses.

1. Rechte des Vermächtnißnehmers.

a. Dingliches Recht.

§ 646.

Das Vermächtniß gibt dem Bedachten jedenfalls ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten (§ 647 fg.). Unter Umständen gibt es ihm auch ein dingliches Recht an der vermachten Sache.

1. Der dingliche Rechtserwerb tritt ein unabhängig von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken[1], und nur dann nicht, wenn der Erblasser ihn bestimmt ausgeschlossen hat[2].

2. Der dingliche Rechtserwerb tritt aber nur dann ein, wenn die vermachte Sache eine eigene des Erblassers ist[3]. Auch an Sachen

---

so bietet sich eine doppelte Antwort dar; man kann erstens sagen, daß durch das zweite Vermächtniß das erste entkräftet sei, und zweitens ist zu bemerken, daß die Stelle von Verlust des Nießbrauchs durch capitis diminutio handelt (§ 1 eod.), und daß es begreiflich ist, wenn man annahm, daß die capitis diminutio, wie der Tod selbst, nicht bloß den vermachten Nießbrauch zerstöre, sondern das Nießbrauchsvermächtniß selbst (die in dem Vermächtniß des Nießbrauchs fortwirkende Kraft). Vgl. Vat. fr. § 61, l. 1 pr. D. 7, 4, ferner die im Anfang dieser Note citirte l. 10 D. 7, 2 (*interdum*"), und s. Schneider S. 291, Schlayer S. 346, Arndts XLVIII S. 135. 160. 161. Im Uebrigen gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 3 § 2 cit. in bunter Mannigfaltigkeit auseinander. Vgl. Glück IX S. 294 fg., Heimsoeth p. 45 sqq., Roßhirt S. 613 fg., Baron S. 183 fg., Vangerow II § 554 Anm. 1 Nr. III, Schlayer S. 339 fg., Arndts XLVIII S. 138 fg. (für die herrschende Ansicht), Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Ren. S. 48 fg.

[1] So nach der Bestimmung Justinian's in l. 1 C. 6, 43, s. auch l. 2 eod., § 2 I. 2, 20. Im älteren R. kam es allerdings auf die vom Erblasser gebrauchten Ausdrücke an, und so gab das fideicommissum nie, das legatum nur in gewissen Formen (legatum per vindicationem, per praeceptionem) ein dingliches R. Gai. II, 193. 194. 201. 204. 209. 213. 216. 221. 222. Mayer § 7. — Gegen die Meinung Marezoll's ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 290 fg., daß Justinian l. 1 cit. nicht sowohl Eigenthum gewährt habe, als vielmehr nur eine rei vindicatio utilis im Sinne eines auch gegen dritte Besitzer durchzusetzenden Forderungsr., s. namentlich Arndts Fortſ. von Glück XLVI S. 59 fg. (RLex. VI S. 310). [Rosenberg die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nach r. R. Erl. Diss. 1897. Pieper die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nach röm. u. gem. R. unter bes. Berücksichtigung der modernen Gesetzgeb. Erl. Diss. 1899.]

[2] L. 1 C. cit. — „Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius voluntate praefatas etiam actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat". Also kommt es jedenfalls auf den Willen des Erblassers an.

[3] Justinian denkt nur an diesen Fall, und schließt daher auch den entgegengesetzten nicht ausdrücklich aus. Im älteren R. war zur Gültigkeit des Vindi-

des Erben vermag der Erblasser ein dingliches Recht nicht zu begründen[4].

[Das BGB. kennt kein dingliches Vermächtniß, vgl. Mot. V S. 133 fg., Kipp Prorectoratsrede, Erl. 1899 S. 7 fg.]

b. Forderungsrecht aus dem Vermächtniß*.

§ 647.

Auch das Forderungsrecht aus dem Vermächtniß[1] ist unabhängig von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken[2], und tritt daher in allen Fällen ein[3]. Dasselbe geht im Allgemeinen auf Erfüllung des

---

cationslegats, wenn es auf nicht fungibele Sachen gerichtet war, Eigenthum des Erblassers nicht bloß zur Zeit des Todes, sondern auch zur Zeit der Errichtung des Testaments erforderlich. Dieß gilt nach neuestem R. nicht mehr. Arndts RLex. VI S. 309 [253]. S. 328. Fortſ. von Glück XLVI S. 121. Vgl. § 654 [15].

[4] Justinian denkt an diesen Fall so wenig, wie an den Fall, wo die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten steht, und von selbst versteht sich die Befugniß, über Sachen des Beschwerten zu verfügen, nicht. Vgl. l. 9 C. 7, 2. Für den Fall, wo der Beschwerte ein Vermächtnißnehmer ist, wird sogar ausdrücklich in l. 1 C. cit. die in rem actio auf die Sachen beschränkt, „quas a testatore consecutus est". S. auch in der oben Note [2] citirten Stelle die Worte „contra res testatoris". Marezoll a. a. O. S. 299 fg. will die utilis rei vindicatio, welche er in der l. 1 C. cit. findet, auch im Falle des Vermächtnisses von Sachen des Beschwerten gewähren, und selbst bei vermachten fremden Sachen, nachdem der Beschwerte dieselben erworben habe. Dagegen Arndts an den in Note [1] bezeichneten Stellen, Vangerow II § 531, Dernburg Pfandr. I S. 288, Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 201.

* Vgl. noch Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 508—516. Salkowski Fortſ. von Glück Bd. XLIX (1889).

§ 647. [1] Es ist eine obligatio quasi ex contractu, § 5 I. 3, 27, l. 5 § 2 D. 41, 7, l. 3 i. f. D. 42, 4.

[2] So nach Justinians Bestimmung in l. 1 C. 6, 43. Früher hing die actio in personam nicht minder von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken ab, wie die actio in rem, und trat daher nur beim legatum per damnationem und sinendi modo und beim fideicommissum ein. Gai. II, 204. 213, Paul. sentent. IV, 1 § 18. Es konnten aber die verschiedenen Vermächtnißformen mit einander verbunden werden, s. z. B. l. 28 § 2 D. 34, 3, l. 30 pr. § 4 D. 34, 4, und ein Legat, welches als Vindications- oder Präceptionslegat ungültig war, wurde als Damnationslegat aufrecht erhalten. Gai. II, 197. 218, Ulp. XXIV, 11a. Vgl. Mayer § 5. 7 lit. b, Arndts Fortſ. von Glück XLVI S. 36 g. 53 fg., Salkowski das. XLIX S. 23 fg. — Früher hing auch die Natur der aus dem Vermächtniß entstehenden actio in personam von der vom Erblasser gebrauchten Ausdrucksweise ab; diese actio gewährte je nach den Ausdrücken, in welchen das Vermächtniß angeordnet war, dem Richter größere oder geringere Freiheit. Vgl. Gai. II, 280, l. 5 § 4. l. 6 D. 12, 3, l. 9 § 1 D. 12, 1. Auch dieß hat Justinian aufgehoben, l. 2 C. 6, 43. Vgl. übrigens Note [4] und I § 46.

[3] Auch wenn eine eigene Sache des Erblassers vermacht worden ist. Ein Forderungsr. des Vermächtnißnehmers hat in diesem Fall so wenig etwas Auf-

Vermächtnisses, d. h. auf eine solche Leistung, wie sie zur Ausführung des Willens des Erblassers erforderlich ist[4]; jedoch darf der Beschwerte sich mit dem Geldwerth der Leistung lösen, wenn die Beschaffung der Leistung selbst ohne schreiende Unbilligkeit von ihm nicht gefordert werden kann[5]. — Ist die Leistung dem Beschwerten unmöglich geworden[5a], so haftet er der Regel gemäß dem Bedachten dann, und zwar auf Ersatz des Interesse, wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld eingetreten ist[6]. Schuld ist auch gewöhnliche Nachlässigkeit, vorausgesetzt daß nicht dem Beschwerten nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil mehr übrig bleibt[7]. Auch ohne Schuld haftet der Beschwerte: a) der Regel gemäß, wenn die Unmöglichkeit schon anfänglich vorhanden war und eine bloß relative ist, während die anfängliche objective Unmöglichkeit eine Verpflichtung des Beschwerten gar nicht entstehen läßt[8] — vorbehaltlich jedoch in

fallendes, wie z. B. die actio commodati des Eigenthümers. Vgl. Salkowski S. 47 fg.

[4] Wobei der Auslegung des Richters vollkommen freie Hand gegeben ist, und so schon nach r. R. auch beim legatum, wenngleich die actio personalis aus dem legatum eine condictio war (l. 5 § 4, l. 6 D. 12, 3, l. 9 § 1 D. 12, 1). Vgl. l. 44 § 9 D. 30. „Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit: sed heres cogitur redimere aditum et praestare". L. 39 pr. l. 116 § 4 D. eod. Vgl. II § 364 [2].

[5] L. 71 § 3. 4 D. 30. „Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare. § 4. Cum alicui poculum legatum esset velletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetravit id a praetore: alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum: in hominibus enim benigna ratione receptum est, quod supra probavimus". L. 14 § 2 D. 32, l. 61 D. 35, 2. Vgl. l. 31 § 4 D. 40, 5. Sachwerth, nicht Interesse: s. namentlich l. 14 § 2 cit., l. 62 cit. Salkowski S. 64 fg.

[5a] Salkowski S. 109—392.

[6] L. 26 § 1. l. 47 § 2. 4. l. 59 D. 30.

[7] L. 47 § 4. 5. l. 108 § 12 D. 30. L. 108 § 12 cit. „Cum quid tibi legatum fideive (fideique?) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit". Vgl. noch l. 53 § 3—8 D. 30. Salkowski S. 230 fg. will die Beschränkung der Verhaftung auf dolus nur in dem besonderen in l. 108 § 12 cit. bezeichneten Fall eintreten lassen.

[8] Unter anfänglicher Unmöglichkeit ist hier zu verstehen eine Unmöglichkeit, welche schon vorhanden ist zur Zeit, wo die Verhaftung des Beschwerten aus

der einen und der anderen Beziehung eines entgegengesetzten, ausdrücklich erklärten oder durch Auslegung festzustellenden, Willens des Erblassers[9]; b) nach einer für Vermächtnisse geltenden Ausnahme dann, wenn die Unmöglichkeit durch die freie Handlung des Beschwerten herbeigeführt worden ist[10]. Der Beschwerte haftet aber in beiden Fällen nur auf den Sachwerth, nicht auf das Interesse des Bedachten[11]. Im Falle, wo der Bedachte die vermachte Sache anderweitig erworben hat, haftet der Beschwerte, wieder der Regel gemäß, auf Ersatz der mit diesem Erwerb verbunden gewesenen Opfer[12]. — Auf Früchte und Zinsen[13] geht die Vermächtnißforderung nicht[14], wenn der Erblasser dieß nicht ausdrücklich oder

---

dem Vermächtniß beginnt, und diese Verhaftung tritt unter allen Umständen mit dem Erwerb der Erbschaft ein, auch dann, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder befristetes ist. S. I § 89. 96 und III § 639, 3. Vgl. noch Salkowski S. 257—288.

[9] S. § 634 [4] [7].

[10] § 16 I. 2, 20, l. 112 § 1 D. 30, l. 63 D. 31, l. 26 [25] § 2. 3 D. 36, 1, l. 91 § 2 D. 45, 1. Mommsen Beiträge zum Obligationenr. I S. 253—254. Salkowski S. 366 fg. sieht in dieser Bestimmung keine Ausnahme, sondern die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes. [[Dagegen Ferrini ACPra. LXXVIII S. 321 fg. 1892.]] [S. noch Herrmann die Haftung des Erben für schuldlos beseitigte Vermächtniß- und Schuldgegenstände. Gött. Diss. (1896—7).]

[11] Dieß ist unzweifelhaft für den ersten Fall. L. 71 § 3 D. 30, l. 14 § 2 D. 32; l. 49 § 3 D. 31. Nicht unzweifelhaft ist es für den zweiten Fall. Daß in diesem Fall das Interesse geleistet werden müsse, behauptet Mommsen Beiträge zum Obligationenr. II S. 96, welchem ich selbst beigestimmt habe Heid. kr. ZS. II S. 535. Der Zweifelsgrund liegt weniger in l. 63 D. 31, wo das unbestimmte „indemnitas" sich einer Beziehung auf den Sachwerth nicht verschließt, als in l. 26 [25] § 3 D. 36, 1. Aber wird hier wirklich die Verpflichtung zur Leistung des Interesse auferlegt, und ist nicht vielmehr die Thatsache, daß ein Sclave zum Erben eingesetzt ist, eine werthsteigernde Eigenschaft desselben? Vgl. auch l. 89 § 7 D. 31, wo vom Erben nur die Bereicherung, und l. 53 § 7 D. 30, wo, in einem allerdings besonderen Falle, von ihm der Werth der Sache nur unter der Voraussetzung verlangt wird, daß derselbe in der Erbschaft vorhanden ist. (Diese Stelle kommt textlich in Ordnung, wenn man da, wo die Worte: ex testamento non tenebitur zum zweiten Mal vorkommen, ex testamento streicht. Anders emendirt Mommsen in seiner Ausgabe.) Salkowski S. 328 fg.

[12] S. II § 360 Ziff. 3, und vgl. § 639 [5].

[13] Mommsen Erörterungen I S. 36—41. Hoffmann ZS. f. CR. u. Pr. N. F. I S. 85 fg. (1845). Brügger der Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte. München 1877. Arndts Forts. v. Glück XLVIII S. 341 fg. Salkowski S. 426—526.

[14] Die Vermächtnißforderung als solche, abgesehen von Verzug und Streitbeginn. L. 8 D. 22, 1, l. 23 D. 30, l. 26 D. 32, l. 24 § 2 D. 35, 2, l.

stillschweigend angeordnet hat[15]. Nur bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken müssen Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes des Erblassers an entrichtet werden, wenn der Beschwerte nicht binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung des Testamentes das Vermächtniß freiwillig erfüllt[16]. Bei diesen Vermächtnissen trifft außerdem den Beschwerten die Strafe des Doppelten, wenn er es zur Klage kommen läßt[17].

[1. Nach BGB. begründet das Vermächtniß immer und nur ein Forderungsrecht (2174; vgl. zu [3]). Den Satz zu [5] kennt das BGB. in der besonderen Anwendung des § 2171 Abs. 2; vgl. unt. zu § 654. Der Beschwerte haftet immer — anders als im gem. R. (zu [7]) — für jede Fahrlässigkeit (276). Ist die Leistung zur Zeit des Erbfalls objectiv unmöglich (zu [8]), so ist das Vermächtniß wirkungslos (2171). Die Fragen der subjectiven Unmöglichkeit (zu [8]), sind nach § 2169 fg. zu beantworten; s. unt. zu § 654. Wenn der Beschwerte sich nach dem Erbfall die Leistung unmöglich macht, so haftet er im Allgemeinen auf Schadensersatz; wenn er aber das Vermächtniß ohne seine Schuld nicht kannte (z. B. es stand in einer erst später aufgetauchten letztwilligen Verfügung), so haftet er entgegen dem Satz zu [10] überhaupt nicht. Früchte (zu [15]) seit dem Anfalle des Vermächtnisses ergreift die Forderung dann, wenn ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist (2184; s. unt. zu § 654).

2. Ist der Erbe beschwert, so gelten für das Vermächtniß die Grundsätze über die Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten mit den bereits früher in Ansehung der Vermächtnisse hervorgehobenen Besonderheiten (s. ob. S. 463 fg.). Ueber die Kürzung von Vermächtnissen wegen der Existenz von Pflicht-

19 [18] pr. § 2. l. 23 [22] § 2. l. 28 [27] § 1 D. 36, 1, l. 1. 4 C. 6, 47. Auf den Fall des Verzugs bezieht sich auch, wie der Schluß zeigt, l. 39 § 1 D. 30. — An dieser Regel wird auch dadurch nichts geändert, daß der Vermächtnißnehmer sofort Eigenthümer der vermachten Sache wird. Wenigstens wüßte ich nicht, wie anders zu erklären wäre l. 4 C. 6, 47. „In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur". Dabei bloß an die in rem missio des Fideicommissars (l. 1. l. 3 § 2 C. 6, 43, Paul. sentent. IV, 1 § 15) zu denken, ist doch mit dem allgemeinen Ausdruck der Stelle zu schwer vereinbar. A. M. E. A. Seuffert in dem Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch § 616 [5], und ebenso Arndts a. a. O. Letzterer beruft sich auf l. 102 § 2 D. 30 (Vat. fr. 44), und l. 42 D. 22, 1; aber die erste Stelle sagt, die zweite setzt voraus, daß der Vermächtnißnehmer selbst die Früchte gezogen habe. Für die hier vertheidigte Meinung auch Salkowski a. a. O.; über l. 40 D. 41, 1 ders. S. 490 fg. 498. [Weidemann von welchem Augenblicke an kann der Vermächtnißnehmer die Früchte der ihm vermachten Nachlaßsache beanspruchen? Greifsw. Diss. 1897.]

[15] L. 19 [18] pr. l. 65 [63] § 4 D. 36, 1, l. 46 [44] § 1 eod.; l. 3 § 3 D. 22, 1, l. 43 § 2 D. 31, l. 21 § 2 D. 33, 1, l. 2 § 1 D. 33, 4, l. 33 [32] D. 36, 1.

[16] Nov. 131 c. 12. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. V S. 97 fg.

[17] S. II § 263 [1]. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 76 fg.

theilslasten, s. ob. S. 403 fg. Feststellung einer Rangordnung durch den Erblasser, s. 2189.

3. Ist ein Vermächtnißnehmer beschwert, so ist er zur Erfüllung nicht eher verpflichtet, als er die Erfüllung des ihm zugewandten Vermächtnisses verlangen kann (2186). Eine Befristung des ersten Vermächtnisses wirkt also nothwendig als Befristung des zweiten. Ist dagegen das erste Vermächtniß bedingt, so ist das zweite nur dann als bedingt anzusehen und § 2074 anzuwenden, wenn ausnahmsweise der Erblasser wollte, daß das zweite Vermächtniß unwirksam sein sollte, wenn die Bedingung des ersten ausfiele; anderen Falls hat nach § 2161 der zweite Vermächtnißnehmer bei Ausfall der Bedingung des ersten Vermächtnisses das seinige von dem zu fordern, dem der Ausfall zu Gute kommt. In der Schwebe ist also nicht, ob er sein Vermächtniß erhält, sondern nur, von wem er es erhält. Unter diesen Umständen ist § 2074 nicht anwendbar. Der beschwerte Vermächtnißnehmer haftet nicht über dasjenige hinaus, was er aus seinem Vermächtniß erhält; auch die Annahme des Vermächtnisses verpflichtet ihn zu nichts Weiterem. Er kann, soweit das ihm auferlegte Vermächtniß jenes Maß übersteigt, die Erfüllung verweigern und so verfahren wie ein Erbe nach § 1992; vgl. ob. S. 472 fg. (2187 Abs. 1. 3). Wenn der beschwerte Vermächtnißnehmer selbst eine Kürzung erleidet wegen der beschränkten Haftung der Erben oder wegen eines Pflichttheilsanspruchs oder nach § 2187, so kann er das ihm auferlegte Vermächtniß verhältnißmäßig kürzen (2188). Feststellung einer Rangordnung durch den Erblasser s. 2189. —

4. Wenn ein Erbe durch Anwachsung (2095) oder nach § 1935 einen Erbtheil zu seinem ursprünglichen hinzu erwirbt, so trägt er die auf jeden Theil gelegten Vermächtnisse nur mit diesem Theil (vgl. ob. S. 352. 454 unter f.). Nichts Anderes kann gelten, wenn ein Erbe als Ersatzerbe oder Nacherbe eines Miterben dessen Theil erwirbt. Das Entsprechende gilt auch bei der Anwachsung unter Mitvermächtnißnehmern (2159). Nun bestimmt § 2187 Abs. 2, daß in jedem Falle, in welchem nach § 2161 ein Anderer an Stelle des beschwerten Vermächtnißnehmers tritt, der neue Beschwerte nicht weiter haften soll, als der Weggefallene. Dieß gilt also auch für den Ersatzvermächtnißnehmer, den Nachvermächtnißnehmer und für denjenigen Beschwerten, bei welchem das belastete Vermächtniß in Folge Wegfalls des ersten Vermächtnißnehmers verbleibt.]

§ 648.

Gesichert ist die Vermächtnißforderung:

1) durch ein gesetzliches Pfandrecht an Allem, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat[1]. Jedoch gilt dieser Satz nicht für das Erbschaftsvermächtniß, abgesehen von einem besonderen Fall[2].

---

§ 648. [1] L. 1. 2 C. 6, 43. S. I § 231, 5. v. Löhr ACPra. V S. 208 fg. Dernburg Pfandr. I § 40.

[2] Der besondere Fall ist der Fall des fideicommissum eius quod superest. Nov. 108 c. 2.

2) [3]Ist das Vermächtniß bedingt oder befristet[4] oder bestritten[5], so kann der Vermächtnißnehmer von dem Beschwerten[6] Sicherheitsleistung durch Bürgschaftsbestellung[7], und, wenn diese nicht gewährt wird, Einweisung in den Besitz dessen, was der Beschwerte von der Erbschaft in Händen hat, verlangen[8], durch welche Einweisung er aber nur Inhabung neben dem Beschwerten und Aufsichtsbefugniß erhält[9]. Im Falle arglistiger Veräußerung von Erbschaftssachen wird die Einweisung nach Befinden des Richters auch gegen dritte Besitzer gewährt[10]; bei erlaubter Veräußerung wird der Kaufpreis

[3] Dig. 36, 3 ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36, 4 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa esse liceat. Cod. 6, 54 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debet. — Bachofen Pfandr. S. 303—326. Keller Institutionen S. 333—340. Kniep de cautione et missione legatorum seu fideicommissorum servandorum causa. Rost. 1872. Ubbelohde ACPra. LXI S. 68 fg. Hellmann Festschr. für Planck S. 243 fg.

[4] L. 1 pr. § 14. l. 5 § 2. l. 14 pr. D. 36, 3, l. 8 C. 36, 4, l. 96 § 3 D. 30; l. 14 pr. l. 15 pr. D. 36, 3. Vgl. l. 3 pr. D. 36, 4; l. 1 § 9 D. 36, 3; l. 9 pr. D. 36, 4. (Bachofen S. 322.)

[5] L. 14. l. 15 pr. D. 36, 3, l. 1 § 3 D. 36, 4, l. 3 pr. eod., l. 1 § 9. 10 D. 36, 3. Dazu Kniep p. 20 ss. S. auch l. 1 § 4. l. 2 D. 36, 4 und dazu Dedekind das ius deliberandi (Braunschweig 1870) S. 35 fg.

[6] L. 5 § 13 D. 36, 4, l. 1 § 8 D. 36, 3; l. 13 D. 36, 3, l. 1 § 7 l. 4 D. 36, 3; l. 15 § 2 D. 36, 3; l. 5 § 29. 30 D. 36, 4. Auch vom Vertragserben: Sf. V. 206.

[7] L. 1 pr. § 1. l. 4. 16 D. 36, 3. Vgl. l. 7 eod. Außer dieser Sicherheitsleistung konnte nach r. R. der Bedachte von dem Beschwerten auch ein ausdrückliches Versprechen der Erfüllung des Vermächtnisses (praetoria stipulatio) verlangen, wodurch er aber materiell keine neuen Befugnisse erhielt. L. 1 § 15 D. 36, 3. — Kann nicht nach heutigem Re Sicherheit auch in anderer Weise als durch Bürgschaft geleistet werden? Dafür Sf. XXXIII. 144.

[8] L. 1 § 2 D. 36, 3. „Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satis dabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit". L. 4. 13 eod., l. 5 § 28 D. 36, 4. Verfahren: l. 3 § 1 D. 36, 4, l. 5 § 2 D. 36, 3, vgl. l. 14 § 1 eod., l. 1 § 3. 4 D. 36, 4. Gegenstand der Einweisung: l. 5 § 6—12 D. 36, 4. Schutz der Einweisung: l. 5 § 27 D. 36, 4, l. 1 § 2. 8. l. 3 pr. D. 43, 4. [[Ubbelohde die erbrlichen Interdicte (Forts. v. Glück Buch 43/44 III) S. 208 fg. 222 fg.]]

[9] L. 5 pr. § 22 D. 36, 4, l. 12 D. 42, 4, Pignus praetorium: I § 233 [12]. — Ausnahmsweise erhalten: a) Frau und Descendenten des Erblassers, wenn sie arm sind, auch Unterhalt aus der Erbschaft, l. 14 D. 36, 4. b) Wenn dem Empfänger einer einzelnen Sache die Weitergabe derselben auferlegt ist, so erhält der zweite Vermächtnißnehmer, vorausgesetzt daß er seinerseits Caution leistet, allein den Besitz der vermachten Sache, l. 5 § 29. 30 D. 36, 4.

[10] L. 5 § 5 D. 36, 4 („causa cognita"), l. 8. 15 eod., l. 6 C. 6, 54.

in gerichtliches Depositum genommen[11]. Ist kein körperlicher Nachlaß vorhanden, so werden dem Bedachten die Erbschaftsansprüche überwiesen[12]. In gewissen Fällen fällt die Verpflichtung zur Bürgschaftsbestellung weg[13]. Die heutige Geltung der hier vorgetragenen Sätze wird mit Unrecht bestritten[14].

---

[11] L. 5 § 4 D. 36, 3.

[12] L. 10 D. 36, 4. — S. noch l. 5 § 1 D. 36, 3 und darüber Bachofen S. 318, Keller S. 339.

[13] a) Der Regel gemäß zu Gunsten des Fiscus und von Stadtgemeinden, so aber daß Letztere Verbalcaution leisten sollen, l. 1 § 18. l. 6 § 1 D. 36, 3. Vgl. I § 134 [5]. b) Wenn Kinder, welche von ihren Eltern zu Erben eingesetzt sind, die Erbschaft im Falle kinderlosen Ablebens ihren Geschwistern oder bei ihrem Tode Enkeln oder weiteren Descendenten des Erblassers herausgeben sollen; sie müßten denn zur zweiten Ehe schreiten. L. 6 C. 6, 49. In § 3 dieses Gesetzes verbittet sich der Gesetzgeber ausdrücklich jede ausdehnende Auslegung, und es ist schwerlich gerechtfertigt, in Nov. 22 c. 41, welche nach ihrer eigenen Erklärung das Gesetz bestätigen will, eine Erweiterung desselben, und nicht bloß eine ungenaue Relation seines Inhalts, zu finden. S. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. V S. 272 fg., Arndts RLex. VI S. 308, Sf. XXXI. 349 — gegen die gewöhnliche, ausdehnende Meinung, welche vertheidigt wird von Vangerow I § 227 Anm. 1 Nr. I d, Sintenis III § 137 [13]. S. noch l. 7 D. 36, 3, l. 52 [50] D. 36, 1. Vgl. auch § 652 [21].

[14] Es wird behauptet: a) die Besitzeinweisung des Vermächtnißnehmers sei bereits durch Justinian (l. 1 C. 6, 43, l. 3 § 2 eod., Nov. 39 praef.) „mit dürren Worten" aufgehoben worden, v. Löhr Mag. für RW. und Gesetzg. III S. 195. ACPra. V S. 208 [3], welchem beitritt Sintenis III § 211 [12], vgl. auch Keller a. a. O. S. 340. Aber was Justinian abgeschafft hat, ist, wie der Zusammenhang seines Gesetzes deutlich zeigt, etwas ganz Anderes, nämlich die dem Fideicommissar zum Ersatz der ihm fehlenden actio in rem unter Umständen gewährte Einweisung in den Besitz der vermachten Sache, von welcher Einweisung Spuren noch in den Digesten vorkommen (s. namentlich l. 89 § 7 D. 31, l. 109 § 1 D. 30), und von welcher auch Paul. sentent. IV, 1 § 51 zu verstehen ist. Vgl. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 130 fg. 306 fg., Arndts RLex. VI S. 307 [237], E. A. Seuffert ([17]) S. 21 fg., Dernburg Pfandr. I S. 403. 404, Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 513 (auch Bekker Aktionen II S. 203 zu [54]). Salkowski S. 618 fg. Im Resultat übereinstimmend auch Bachofen S. 323 fg. 325 fg. b) Es wird behauptet, die Missionen zur Sicherung der Vermächtnißnehmer seien in Deutschland, durch die Gesetzgebung oder durch die Praxis, beseitigt worden. Glück XVIII S. 266 fg., vgl. Sintenis a. a. O. Anm. [12 a. E.], Arndts § 559 Anm. a. E. Auch diese Behauptung ist nicht begründet. S. Dernburg Pfandr. I S. 416, Wetzell Civilproz. § 50 III. (Vgl. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 518. „Indessen möchte man eher sagen, daß der Gerichtsgebrauch diese Sicherheitsleistungen vergessen, als daß er sie verworfen habe.") Kniep l. c. p. 42 ss. glaubt, daß nach heutigem R. Sicherheitsleistung nur noch bei bedingten und befristeten, nicht bei bestrittenen Vermächtnissen gefordert werden könne, in allen Fällen aber an die Stelle der Besitzeinweisung gewöhnliche Sequestration trete. Vgl. auch Ubbelohde a. a. O. S. 73 fg. Für die Be-

3) Wird das Vermächtniß binnen sechs Monaten nach der gerichtlichen Belangung nicht entrichtet, so kann der Bedachte verlangen, in den Besitz des eigenen Vermögens des Beschwerten eingewiesen zu werden, um sich aus den Früchten befriedigt zu machen[15]. Erstreckt sich die Zögerung über ein Jahr hinaus, so verliert der Beschwerte das Hinterlassene zur Strafe, vorbehaltlich des Pflichttheils[16].

4) Wenn Justinian zu größerer Sicherheit des Vermächtnißnehmers noch die Veräußerung der vermachten Sache verboten hat[17], so hat er damit etwas Neues nur für das Erbschaftsvermächtniß eingeführt[18]; für Einzelvermächtnisse hat Bedeutung bloß die hinzugefügte Bestimmung, daß der Erwerber auch durch Ersitzung nicht soll Eigenthümer werden können[19].

[Die hier besprochenen Institute kennt das BGB. nicht.]

---

seitigung der Einweisung Hellmann a. a. O. S. 266. 268, Dernburg III § 99 a. E., RG. XXIV S. 152.

[15] L. 5 § 16—21. 23—25 D. 36, 4, l. 6 C. 6, 54. S. g. missio Antoniniana (l. 5 § 16 cit. [Ulp.] „imperator Antoninus"). Nach der gerichtlichen Belangung: l. 5 § 16 cit.: — post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est" ; l. 6 C. cit.: — „post sex menses quam peti coeperit". Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Belangte sich nicht vertheidigt habe. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 127 fg., Bachofen S. 319 fg., Keller S. 340 fg., Brinz 2. Aufl. III § 428 [30]. — Die in der vorigen Note bezeichnete Controverse bezieht sich auch auf diesen Fall.

[16] An den Substituirten, Miterben, Erbschaftsvermächtnißnehmer, Intestaterben, vorausgesetzt, daß diese ihrerseits für die Erfüllung des Vermächtnisses Sicherheit leisten; in Ermangelung der genannten Personen an jeden Dritten, welcher Sicherheit leisten will, endlich an den Fiscus. Nov. 1 c. 1. 4. Vgl. Vangerow II § 459, Sintenis III § 205 [20]. — Besondere Bestimmung für die Vermächtnisse „pro redemtione captivorum aut alimentis pauperum": Nov. 131 c. 12. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. V S. 84 fg.

[17] L. 3 § 2. 3 C. 6, 43. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach r. R. (1854). Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen (1875) S. 72 fg. Dazu Kohler kr. VJS. XIX S. 155. Salkowski S. 680 fg.

[18] Weil sich auf dieses die l. 1 C. 6, 43, welche dem Vermächtnißnehmer sofort Eigenthum der vermachten Sache gibt (§ 646), nicht bezieht. Seuffert S. 40. 52 fg., Dernburg Pfandr. I S. 328 fg.

[19] L. 3 § 3 cit. i. f. Die Veräußerung selbst ist schon deßwegen nichtig, weil der Beschwerte nicht Eigenthümer ist (§ 646), oder nur beschränkter Eigenthümer (I § 89 [4]. § 96 [5 a. E.]). Es scheint zwar, als habe Justinian für den Fall des befristeten Vermächtnisses allerdings etwas Neues eingeführt, insofern er nämlich für das bedingte Vermächtniß im Gegensatz zu dem unbedingten und befristeten bestimmt, daß die Veräußerung erst mit der Erfüllung der Bedingung nichtig werden solle, also, scheint man schließen zu müssen, soll sie bei dem befristeten Vermächtniß sofort nichtig sein. So wirklich Seuffert S. 46 fg. 57. 62. Aber es ist mir außerordentlich zweifelhaft, ob damit wirklich

2. Rechte des Beschwerten*.

§ 649.

Der Beschwerte kann Ersatz der auf die vermachte Sache gemachten Verwendungen nach billigem Ermessen verlangen[1], hat aber wegen derselben keine Klage- sondern nur ein Retentionsrecht[2]. Er kann ferner Ersatz für den Verlust einer Grunddienstbarkeit oder einer Forderung verlangen, welchen er in Folge des Durchgangs der vermachten Sache durch sein Vermögen erlitten hat[3].

[BGB. Ueber Verwendungen s. 2185, dazu unt. zu § 654. 655. Ueber die Vereinigung s. 1976. 1992. 1991 Abs. 2.]

der Sinn Justinian's getroffen ist; der Vermächtnißnehmer kann doch diese sofortige Nichtigkeit nicht geltend machen, und das behauptet auch Seuffert nicht; und sollte Justinian die Befugniß dazu dem Beschwerten haben einräumen wollen? Viel wahrscheinlicher ist es mir, daß Justinian's Bestimmung nur ein ungeschickter Ausdruck des Gedankens ist, daß bei einem befristeten Vermächtniß die Veräußerung sicher nichtig ist, während bei einem bedingten die Nichtigkeit in ungewisser Zukunft steht. — Seuffert S. 50 fg. 58 will der Justinianischen Verfügung Bedeutung beilegen auch für den Fall des Aftervermächtnisses; auch auf dieses nämlich beziehe sich die l. 1 C. 6, 43 nicht (oder doch nur, wenn es bedingt oder befristet sei). Diese Meinung ist nicht haltbar; warum sollte das Eigenthum nicht durch die Person des ersten Vermächtnißnehmers hindurch sofort auf den zweiten übergehen? — Darüber, daß das Veräußerungsverbot sich nicht auf vermachte Sachen des Erben, und nicht auf vermachte fremde, vom Beschwerten angeschaffte Sachen bezieht, s. Seuffert S. 71 fg. — In dem Erk. des OAG. zu Dresden bei Sf. III. 352 wird angenommen, daß der Vermächtnißnehmer auf Grund des gesetzlichen Veräußerungsverbotes gegen eine beabsichtigte Veräußerung mit der Wirkung protestiren dürfe, daß dadurch die gesetzliche Execution auf die betreffende Sache gehindert werde.

§ 649. * Salkowski S. 526—583.

[1] L. 58—60 D. 30, l. 20 [19] § 2. l. 23 [22] § 3 i. f. D. 36, 1, l. 32 § 5 D. 33, 2, l. 50 D. 7, 1. Nach billigem Ermessen: l. 58 cit. „viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis". Hierher gehört auch, daß beachtet werde, inwiefern bei einem befristeten oder bedingten Vermächtniß der Beschwerte von der Verwendung selbst Nutzen gezogen habe. In dieser Weise möchte ich das „aedificiorum statibus examinatis" in l. 58 cit. (wo statibus freilich Conjectur statt des handschriftlichen aetatibus ist) verstehen: es soll das wiederhergestellte Haus nach seinem Werthe in dem jetzigen abgenützten Zustand berechnet werden. Ob auch l. 61 D. 30 hierher zu rechnen sei, scheint doch sehr zweifelhaft; die Stelle spricht nach dem handschriftlichen Text von Verwendungen des Bedachten, und die Conjectur, nach welcher sie von Verwendungen des Beschwerten reden würde (sumtus . . necessario factos legatario petenti legatum") ist weder leicht, noch wird sie von den Basiliken unterstützt. Salkowski S. 526—550.

[2] Mit condictio indebiti für den Fall der irrthümlichen Nichtgeltendmachung des Retentionsr., l. 60 D. 30.

[3] L. 70. l. 116 § 4 D. 30, l. 76 § 2 D. 31. L. 76 § 2 *cit.* „Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit; voluntatis ratio

Hat sich ein Vermächtnißnehmer ohne den Willen des beschwerten Erben in den Besitz der vermachten Sache gesetzt, so kann der Erbe Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen[4].

[Dieß folgt für das BGB. einfach aus den Bestimmungen über den Besitz (857!).]

G. Das Falcidische Gesetz*.

1. Recht auf die Falcidische Quart.

§ 650.

Der Erbe kann verlangen, daß ihm ein Viertel seines Erbtheils frei von Vermächtnissen bleibe (§ 634 a. E.); soweit die Vermächtnisse dieses Viertel angreifen, sind sie ungültig[1]. Den Vermächtnissen stehen andere Belastungen des Erben gleich[2].

---

non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet". Vgl. 654 [18. 5. 16. 22. 25].

[4] Interdictum quod legatorum. Dig. 43, 3 Cod. 8, 3 quod legatorum. Keller Institutionen S. 341 fg. Wendt Faustr. S. 210 fg. [[Ubbelohde die erbrlichen Interdicte (Forts. v. Glück Buch 43/44 B. 3) S. 140—183.]] L. 1 § 2 D. 43, 3.: — „aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere". Dem gegenwärtigen Besitz steht arglistig aufgegebener gleich, l. 1 § 7 D. 43, 3. Es haftet auch der Sondernachfolger, l. 1 § 13 D. 43, 3. (a. M. Schmidt Interdicte S. 169). Einrede wegen nicht geleisteter cautio legatorum servandorum causa: l. 1 § 16—18. l. 2 § 3 D. 43, 3, vgl. l. 1 § 9 eod.

* Inst. 2, 22 de lege Falcidia. Dig. 35, 2. Cod. 6, 50 ad legem Falcidiam. — Roßhirt I S. 520—589. Arndts RLex. VI S. 311—322. Bering S. 745—760. Vangerow II § 534—539. Sintenis III § 215. Brinz 1. Aufl. § 216—219. 2. Aufl. II § 416—420.

[1] Dieser Satz ist durch eine lex Falcidia vom Jahre d. St. 714 eingeführt worden. Dieselbe bestimmte (l. 1 pr. D. 35, 2): „Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum (l. legetur), ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres qui eam pecuniam dare (iussus) damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est". Früheres R.: Gai. II, 224—227. § 650.

[2] Das Falcidische Gesetz bezog sich nur auf Legate. Auf Fideicommisse wurde es ausgedehnt unter Vespasian durch das SC. Pegasianum, Gai. II, 254, § 5 I. 2, 23; auf Schenkungen von Todeswegen durch Septimius Severus, l. 32 § 1 D. 24, 1 [Sf. LIII. 194], l. 77 § 1 D. 31, l. 5. 12 C. 6, 50, l. 2 C. 8, 56 [57]; auf Auflagen im Wege der Bedingung durch Justinian, l. 18 C. 6, 50.

Ob der Erbe Testaments- oder Intestaterbe ist, macht keinen Unterschied[3]. Dagegen haben andere Bedachte außer dem Erben ein gleiches Recht nicht[4]; dieselben können nur dasjenige, was sie ihrerseits durch den Eingriff des Falcidischen Gesetzes verlieren, den auf sie Angewiesenen in verhältnißmäßigen Abzug bringen[5].

Die Ungültigkeit der die Falcidische Quart verletzenden Belastungen ist Nichtigkeit[6]. Im Fall der Untheilbarkeit des Vermächtnisses ist der Vermächtnißnehmer zu einer Geldentschädigung verpflichtet[7]. Ist es ungewiß, ob die Quart verletzt ist, so muß der Vermächtnißnehmer für die eventuelle Restitution des zuviel Empfangenen Sicherheit geben[8].

Geltend gemacht werden kann das Recht auf die Quart nicht bloß auf dem Wege der Vertheidigung gegen den Vermächtnißanspruch[9], sondern auch klageweise[10]. Doch fällt der Regel gemäß

---

[3] Auf Intestatfideicommisse ist das Falcidische Gesetz ausgedehnt worden durch Antoninus Pius, l. 18 pr. D. 35, 2.

[4] Selbst nicht Erbschaftsvermächtnißnehmer. L. 49 [47] § 1 D. 35, 2, l. 23 [22] § 5. l. 26 [25] § 2 D. 36, 1.

[5] L. 43 § 3 D. 35, 1, l. 32 § 4 vgl. § 5 D. 35, 2, l. 1, l. 5 D. 35, 3 l. 65 [63] § 12 D. 36, 1. Bei Alimentenvermächtnissen haben sie gemäß des vermuthlichen Willens des Erblassers auch dieses R. nicht, l. 25 § 1 D. 35, 2, l. 77 § 1 D. 31, l. 21 § 1 D. 33, 1.

[6] L. 73 § 5 D. 35, 2: — „si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur (sc. legata)“. L. 1 § 5 D. 43, 3: — „portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt“. L. 23. 26 D. 35, 2, l. 76 D. 6, 1. S. auch § 33 I. 4, 6.

[7] L. 7. 23. l. 80 § 1 D. 35, 2, l. 5 § 1 D. 44, 4, l. 76 pr. D. 31.

[8] Tit. Dig. 35, 3 si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur; l. 1 § 16. l. 31. l. 45 § 1. l. 73 § 2 D. 35, 2. Oder auch es wird das Vermächtniß einstweilen gar nicht ausgezahlt, und der Erbe gibt Sicherheit. L 73 § 1 cit.: „cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut exsistente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint“. — Die Sicherheit muß durch Bürgschaftsbestellung geleistet werden, l. 3 § 1 D. 35, 3. Der Fiscus ist der Regel gemäß frei, l. 3 § 5 eod.: ebenso ist frei der Alimentationsvermächtnißnehmer, l. 3 § 4 eod.

[9] Unter Umständen auch durch exceptio oder replicatio. L. 23. l. 80 § 1 D. 35, 2, l. 5 § 1 D. 44, 4, l. 76 pr. D. 31; l. 16 pr. § 1 D. 35, 2, l. 88 § 1 D. 35, 2, l. 15 pr. D. 35, 2. Vgl. Ubbelohde über den Satz ipso iure compensatur S. 57 fg.

[10] Rei vindicatio; l. 26 D. 35, 2. Condictio indebiti: l. 31 D. 35, 2, l. 9 C. 6, 50. Actio in factum: l. 77 § 2 D. 31, l. 1 § 11 D. 35, 2. Actio

die Rückforderung des unverschuldet Geleisteten weg, wenn es in Kenntniß der Nichtverschuldung oder in Folge unentschuldbaren Irrthums geleistet worden ist[11].

[Das BGB. hat die Falcidische Quart nicht aufgenommen; vgl. Mot. V S. 204 fg.]

2. Ausnahmen*.

§ 651.

Das Recht auf die Falcidische Quart kann durch Verfügung des Erblassers ausgeschlossen werden[1]. Bei Vermächtnissen, welche

---

de dolo: l. 23 D. 4, 3 (vgl. zu dieser Stelle Ubbelohde ZS. f. RGesch. XI S. 250 fg.).

[11] L. 1. 9. 19 C. 6, 50, l. 9 § 5 D. 22, 6, Nov. 1 c. 3. Vgl. II § 289 [5].

* Vgl. hierzu speciell Vangerow II § 538.

[1] So bestimmte Justinian in Nov. 1 c. 2 § 2 (Auth. *Sed cum testator* C. 6, 50), während nach früherem R. das R. auf die Quart der Willkür des Erblassers entzogen war, l. 15 § 1. 8. l. 27 D. 35, 2, l. 11 C. 6, 50 (vgl. übrigens auch l. 12 D. 35, 2, l. 77 § 31 D. 31, und dazu Dernburg ACPra. XLVII S. 297 fg.; über l. 64 D. 35, 2 f. Vangerow II S. 394). Es ist aber Streit über die Auslegung der Justinianischen Bestimmung. Die herrschende Meinung verlangt Ausschluß des R. auf die Quart durch eine ausdrückliche hierauf gerichtete Verfügung; so neuerdings wieder Brinz 1. Aufl. S. 938. 2. Aufl. II § 417 [10]. Andere sind der Ansicht, das R. auf die Quart sei schon dann ausgeschlossen, wenn der Erblasser nicht darüber im Irrthum gewesen sei, daß er dem Erben mehr als $^3/_4$ entziehe. Marezoll Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 354—362, Neuner hered's institutio ex re certa S. 117—120. Vgl. Sf. XI. 57, XXVII. 239. Eine dritte Meinung verlangt zwar nicht eine ausdrückliche auf die Ausschließung des R. auf die Quart gerichtete Erklärung, aber doch einen speciell auf diese Ausschließung gerichteten Willen des Erblassers, also außer dem Bewußtsein davon, daß er dem Erben mehr als $^3/_4$ entziehe, auch das Bewußtsein, daß dieß in Widerspruch mit der Vorschrift des Falcidischen Gesetzes geschehe. So Vangerow a. a. O. I Nr. 2, welchem folgen Arndts RLex. VI S. 320, Sintenis III § 215 [44]. Sf. XXXIII. 47 Nr. 6, XXXIII. 50. Auch ich halte diese mittlere Meinung für die vorzuziehende. Die erste darf sich nicht berufen auf den Wortlaut der Justinianischen Bestimmung: „Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam (εἰ μέντοι ῥητῶς ἐπισχήψειε"); denn nicht nur liegt eine Verwechslung zwischen ausdrücklicher Erklärung und ausdrücklichem (unzweifelhaftem) Willen nahe, sondern s. auch z. B. l. 18 [17] pr. D. 36, 1 in Verbindung mit l. 3 § 3 D. 22, 1 und den übrigen § 647 [15] genannten Stellen. Vgl. Leonhard Irrthum S. 207. Die zweite Meinung hat zwar eine nicht unscheinbare Stütze darin, daß Justinian den Fall des expressim designare dem Fall des Irrthums des Erblassers über den Betrag seines Vermögens oder dessen, was der Erbe aus demselben erhält, entgegengesetzt; aber wenn Justinian in der That wollte, daß das R. auf die Quart schon dann ausgeschlossen sein solle, wenn der Erblasser nur verfügt habe im Bewußtsein davon, daß dem Erben kein Viertel bleibe: warum hat er dieß nicht einfach

ein Soldat hinterläßt, war es nach römischem Recht ausgeschlossen auch ohne eine solche Verfügung[2]; dieß gilt heutzutage nicht mehr[2a]. Dagegen fällt es auch nach heutigem Recht weg:

1) zur Strafe des Erben, wenn er kein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet[3], oder wenn er den Vermächtnißnehmer um sein Vermächtniß zu bringen sucht[4]. Von unterschlagenen Erbschaftssachen und von Vermächtnissen, welche der Erbe heimlich zum Zweck der Umgehung des Gesetzes einem Unfähigen zu entrichten übernommen hat, erhält statt des Erben der Fiscus die Quart[5].

2) Wegen der Gunst, welche gewisse Vermächtnisse genießen, fällt das Recht auf die Quart weg[6]: bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken[7]; bei Vermächtnissen, durch welche der Pflichttheil gedeckt wird[8]; bei Vermächtnissen an die Ehefrau von Sachen, welche zu ihrem persönlichen Gebrauch angeschafft sind[9].

---

gesagt? Und Justinian beginnt seine Bestimmung (c. 2 init.) mit einer nicht undeutlichen Bestätigung des Falcidischen Gesetzes, obgleich dasselbe sich mit dem Willen des Erblassers in Widerspruch setze. Nur solle, verfügt er, der Vermächtnißnehmer durch Errichtung eines Inventars gegen einen unbegründeten Abzug gesichert werden. Dabei macht er dann die eingeschobene Bemerkung: stellt sich aber durch das Inventar heraus, daß dem Erben in der That weniger als ein Viertel bleibt, so ist ja anzunehmen, daß die Herabsetzung der Vermächtnisse dem Willen des Erblassers entsprechend sei. Für diese Meinung auch RG. XXII S. 229. — Hiernach ist speciell zu entscheiden, daß in den Fällen, wo der auf ein Vermächtniß gerichtete Wille des Erblassers auf dem Wege juristischer Construction durch Umdeutung in eine Vermächtnißverfügung aufrecht erhalten wird (§ 552 [3 fg.], § 553 [6 fg.], § 554 [19]), das R. auf die Falcidische Quart nicht wegfällt. Vgl. übrigens Sf. XI. 63 Nr. 1 und Rostocker Entscheidungen VIII Nr. 66 = Sf. XXX. 157.

[2] Es wurde, wie überall bei letztwilligen Verfügungen eines Soldaten, der wirkliche Wille des Erblassers zur Ausführung gebracht. L. 7 C. 6, 50, l. 12 C. 6, 21, l. 3 § 1 D. 36, 1; l. 17. 92. 96 D. 35, 2, l. 17 § 4. l. 18 D. 29, 1.

[2a] Reichs-Militärgesetz 2. Mai 1874 § 44 (vgl. § 537 [4a]).

[3] In diesem Fall muß er die Vermächtnisse sogar über den Bestand der Erbschaft hinaus auszahlen. Vgl. § 606 [8. 18], § 634 [10]. Sf. XXXI. 350. [XLVIII. 98, L. 184.]

[4] L. 59 pr. D. 35, 2. „Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, quid id egerit, ut fideicommissum intercidat".

[5] L. 6 D. 34, 9, l. 24 pr. D. 35, 2, vgl. l. 68 § 1 eod.; l. 11 D. 34, 9, l. 13. l. 59 § 1 D. 35, 2, l. 3 C. 6, 50, l. 49 D. 49, 14.

[6] Nach r. R. gehörte außer den im Folgenden genannten Vermächtnissen auch das Vermächtniß zum Zweck der Freiheit hierher. L. 33. 35. 36. § 3 D. 35, 2, l. 6 D. 40, 5.

[7] Nov. 131 c. 12. Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. V S. 76 fg., Vangerow a. a. O. Nr. III. 6. Sf. XI. 63 Nr. 2.

[8] L. 87 § 4 D. 31, l. 36 pr. C. 3, 28. Vgl. v. Buchholtz juristische Abhandlungen S. 156 fg. Concurrenz der actio suppletoria bei Vorhandensein

3) Nichts Besonderes ist es, daß der Erbe das Recht auf die Quart auch durch Verzicht verliert[10], wohl, daß ein solcher Verzicht schon darin gefunden wird, daß in Kenntniß der Verletzung der Quart mit der Auszahlung der Vermächtnisse zu ihrem vollen Betrage begonnen wird[11]. Nichts Besonderes für das Erbschaftsvermächtniß ist es, daß dasselbe keinem Abzug unterliegt, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat[12.13].

3. Berechnung der Quart.

§ 652.

Der Erbe kann verlangen, den vierten Theil seines Erbtheils[1] frei von Vermächtnissen und anderen Belastungen zu haben.

1. Er kann den vierten Theil seines Erbtheils verlangen. Natürlich seines reinen Erbtheils, seines Erbtheils nach Abzug der Schulden, da der Erbe die Schulden deßwegen nicht weniger trägt, weil er mit Vermächtnissen oder anderen freigebigen Zuwendungen

---

von Miterben des Belasteten? Vgl. E. A. Seuffert in den Zusätzen zu seines Vaters Lehrbuch § 624 [12 a. E.] § 654 [6 a. E.].

[9] L. 81 § 2 D. 35, 2.

[10] L. 19 C. 6, 50, l. 46. 71 D. 35, 2, l. 20 § 1 D. 39, 5. Ungültig ist der Verzicht vor dem Tode des Erblassers, l. 15. § 1 D. 35, 2.

[11] Er soll nicht einem folgenden Vermächtnißnehmer versagen dürfen, was er einem früheren gewährt hat. So schrieb Justinian in Nov. 1 c. 3 vor. Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß der Erbe nicht durch besondere, aus der Person des früheren Vermächtnißnehmers hergeleitete Motive bestimmt gewesen sei. Andere Auslegungen des Gesetzes bei Roßhirt I S. 586 [4] und bei Puchta § 548 [d.] § 549 [k]. S. dagegen Vangerow a. a. O. Nr. II. 1 Sintenis III § 215 [48]. Nicht anders kann der Fall beurtheilt werden, wenn die Vermächtnisse, mit deren Auszahlung der Erbe begonnen hat, einem und demselben Vermächtnißnehmer geschuldet werden; danach ist l. 15 § 2 D. 35, 2 antiquirt, wenn sie überhaupt von wissentlicher Zahlung spricht; was l. 16 D. 35, 2 gewiß nicht thut. A. M. Vangerow a. a. O., dagegen Sintenis a. a. O.

[12] Weil der Erbe in diesem Fall von der Antretung überhaupt keinen Vortheil haben soll. L. 4. l. 14 § 4. l. 28 [27] § 2 D. 36, 1. Vgl. § 668.

[13] Noch weniger etwas Besonderes ist es, daß der Abzug der Quart wegfällt bei Vermächtnissen, welche dem Vermächtnißnehmer nichts geben, als was er ohnehin zu fordern hat, so wie bei denjenigen, welche dem Erben deßwegen nichts nehmen, weil der vermachte Gegenstand für ihn keinen Vermögenswerth hat. L. 28 § 1 D. 30, l. 57. 81 D. 35, 2, l. 1 § 10 eod., l. 1 § 12 D. 33, 4; l. 15 C. 6, 50. Zu letzterer Stelle vgl. noch Arndts VI S. 322 [47], Vangerow a. a. O. Nr. III. 2.

[1] Der Erbtheil kann natürlich auch die ganze Erbschaft sein. § 652.

belastet ist[2]. Der Erbe kann aber nicht bloß die vom Erblasser überkommenen Schulden abziehen, sondern auch die Kosten der Beerdigung, welche ebenfalls eine Erbschaftsschuld bilden[3]; er kann ferner abziehen die Kosten der Uebernahme und Liquidation der Erbschaft[4], und nach der Vorschrift des canonischen Rechts auch seinen Pflichttheil[5]. Gesehen wird auf den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Erblassers; auf spätere Vermehrungen können sich die Vermächtnißnehmer, auf spätere Verminderungen kann sich der Erbe nicht berufen[6]. Als spätere dem Erben nicht zu Gute kommende Verminderung gilt es auch, wenn Erbschaftsschuldner zahlungsunfähig werden[7], wogegen es umgekehrt den Vermächtnißnehmern allerdings zu Gute kommt, wenn zahlungsunfähige Erbschaftsschuldner neues Vermögen erwerben[8]. Ebenso kommt den

---

[2] § 3 I. 2, 22, l. 39 D. 35, 2, l. 6 pr. l. 14 C. 6, 50. Auch was der Erblasser ihm selbst schuldig war, kann der Erbe abziehen, l. 6 pr. l. 8 C. 6, 50, l. 87 § 2 D. 35, 2, vgl. l. 12 D. 35, 2, l. 77 § 31 D. 31 (§ 651 [1]); wie er umgekehrt in die Erbschaft einrechnen muß, was er seinerseits dem Erblasser schuldig war. Vgl. II § 352 [4].

[3] Vgl. § 3 I. 2, 20, l. 1 § 19. l. 2 D. 35, 2. Vgl. II § 430 [20].

[4] L. 72 D. 35, 2, l. 22 § 9 vgl. § 4 C. 6, 30.

[5] C. 16. 18 X. 3, 26. Diese Stellen entscheiden unmittelbar nur den Fall, wo Kinder mit dem Vermächtniß belastet sind, für den Fall kinderlosen Ablebens die väterliche Erbschaft einem Dritten herauszugeben; aber sie erkennen ein Princip an. Das r. R. weiß von diesem Princip nichts, vgl. l. 8 § 9 D. 5, 2. In der That beruht die Vorschrift des r. R. auf einer dem r. R. vollständig fremden Idee, der Idee, daß der Notherbe einen bestimmten Theil der Erbschaft als einen der Verfügung durchaus entzogenen, also in seiner Eigenschaft als Intestaterbe, erhalte. S. namentlich c. 18 cit.: — „**quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem iure naturae, in qua gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset**". Es liegt auf der Hand, daß das c. R. hier unter dem Einfluß germanischer Rsanschauung steht. — Uebrigens ist das hier Gelehrte nicht allgemein anerkannt. Andere sind in der Auslegung der genannten Stellen strenger, und wollen nicht über die Descendenten, oder nicht über den Fall des Erbschaftsvermächtnisses, oder wohl gar nicht über den Fall des bedingten oder befristeten Erbschaftsvermächtnisses hinausgehen. Vgl. Glück VII S. 154 fg., Roßhirt I S. 548 fg, Arndts RLex. VI S. 314 [293], Sintenis III § 215 [41], Puchta § 551 und Vorles. dazu. Sf. III. 353. 354, V. 41, VII. 207, XIII. 106. XXV. 143. [LIII. 19 S. 28.]

[6] § 2 I. 2, 22, l. 30 pr. § 2—4. l. 56 pr. l. 73 pr. D. 35, 2.

[7] L. 30 pr. D. 35, 2. „**In ratione legis Falcidiae . . debitorum facta peiora nomina . . heredi pereunt**". L. 56 pr. D. 35, 2.

[8] L. 56 § 1 D. 35, 2: — „**et ego quaeram, si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatae facultates fuerunt? et cum in isto placuerit, ex post facto uberiorem videri fuisse hereditatem . .**". L. 82 D. 35, 2,

Vermächtnißnehmern zu Gute das Unbedingtwerden von bedingten Erbschaftsforderungen, aber auch dem Erben das Unbedingtwerden von bedingten Erbschaftsschulden[9].

2. Der Erbe kann verlangen, den vierten Theil seines Erbtheils als Erbtheil zu haben, in seiner Eigenschaft als Erbe[10]. Was er zwar durch die Zuwendung des Erblassers, aber nicht als Erbe hat, wird ihm in seine Quart nicht eingerechnet; daher namentlich nicht ein ihm gegebenes Vermächtniß, und ebensowenig was er auf dem Wege der Erfüllung der Bedingung einer zu Gunsten eines Andern getroffenen Verfügung erhält[11]. Doch kann der Erblasser das Gegentheil anordnen[12]. So wenig wie andere Vermächtnisse braucht der

---

wo es heißt, daß außer demjenigen, was vom Schuldner beigetrieben werden kann, mit in Rechnung gezogen werden soll der Verkaufswerth des Ueberschusses. — Wie der Wechsel in der Leistungskraft des Schuldners wird in der einen und anderen Beziehung auch der Wechsel in dem Betrage des Peculiums bei der Peculiarschuld beurtheilt. L 56 pr. § 1 D. 35, 2. Aus dieser Stelle berichtigt sich l. 83 D. 35, 2.

[9] L. 56 § 1 D. 35, 2 cit., wo es nach den in der vorigen Note abgedruckten Worten weiter heißt: „sicuti cum condicio crediti exstitit post mortem". L. 73 § 1 D. 35, 2.

[10] Dernburg ACPra. XLVII S. 291 fg. (1864). Vgl. Sf. V. 42.

[11] L. 74 D. 35, 2. „Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur". L. 91 D. 35, 2. „In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit". L. 22 pr. l. 86 D. 35, 2, l. 24 C. 3, 36; l. 76 pr. l. 44. l. 40 § 1 D. 35, 2. In Betreff des weiteren Inhalts von l. 91 D. 35, 2 vgl. § 666 [8].

[12] Vermittelst einer solchen Anordnung kann der Erblasser selbst durch Zuwendungen unter Lebenden die Quart decken. L. 56 § 5 D. 35, 2. — Der Erblasser macht zwar durch eine solche Anordnung nicht zu Erbschaft, was Erbschaft nicht ist; aber er schafft Ersatz für die Erbschaft, welche er durch die auferlegten Vermächtnisse nimmt. Daher heißt es in l. 56 § 5 D. 35, 2 einfach: „nihil aliud sub occasione legis Falcidae intervenire potest quia vivus videtur heredi futuro providere". Einen anderen, und zu einem andern Resultat führenden Gesichtspunkt legt l. 75 D. 35, 2 an, den der Voraussetzung (§ 636 [3]): „Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet". Jedenfalls ist nach neuestem R. die Anordnung, ein Vermächtniß 2c. in die Quart einzurechnen, schon deßwegen unmittelbar durchgreifend, weil in einer solchen Anordnung ein Verbot des Abzugs der Quart bis zum Belange des Zugewendeten liegt. Vgl. C. A. Seuffert in seines Vaters Lehrbuch § 622 [11]. Abweichend Dernburg ACPra. XLVII S. 294 fg., v. Buchholtz Prälegate S. 445 fg., Brandt Krit. Erläuterung der l. 31 (30) § 4 ad SCTreb. (Cassel 1879) ✓

Erbe diejenigen in seine Quart einzurechnen, welche er von einem auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmer erhält[13]; nur kann er diesem Vermächtnißnehmer selbst bis zum Belange dessen, was er von ihm erhält, keinen Abzug machen[14]. In gleicher Weise ist zu beurtheilen, was der Erbe von einem Vermächtnißnehmer durch Erfüllung der Bedingung, unter welcher demselben vermacht worden ist, erhält[15]. Dagegen ist nicht in gleicher Weise zu beurtheilen, was der Erbe nach Anordnung des Erblassers von dem Vermächtnißnehmer gegen Leistung des Vermächtnisses zurückempfangen soll oder was er ihm abziehen darf[16]: was der Erbe in dieser Weise erhält, hat er zwar nicht als

S. 30 fg., welche Schriftsteller lehren, der Vermächtnißnehmer habe nur die Wahl zwischen dem Vermächtniß und dem Abzug der Quart. Ueber die Schrift von Brandt vgl. Schirmer kr. VJS. XXII S. 434 fg.

[13] L. 29 D. 35, 2. „Si a me tibi fideicommissum vel legatum est tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam, quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere". L. 22 pr. D. 35, 2.

[14] L. 22 pr. D. 35, 2, l. 94 D. eod., l. 79 [78] pr. D. 28, 5, l. 15 D. 34, 9. l. 24 i. f. C. 3, 36. Diese Stellen sprechen nur von dem Falle, wo der dem Erben gegenüberstehende Vermächtnißnehmer Miterbe ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. Dernburg a. a. O. S. 300 fg., v. Buchholtz Sell's Jahrb. III S. 256 fg. und Prälegate S. 446 fg. [G. Kretschmar erbrliche Compensationen, Leipzig 1892.]

[15] Es ist in gleicher Weise zu beurtheilen in der einen und der anderen der bezeichneten Beziehungen, so daß das Empfangene einerseits nicht in die Quart eingerechnet wird, andererseits den dem betreffenden Vermächtnißnehmer zu machenden Abzug mindert. Das Letztere ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, und so leugnen es v. d. Pfordten de praelegatis p. 84 und v. Buchholtz Prälegate S. 455, wie mir scheint mit Unrecht. Was das Erste angeht, s. namentlich l. 40 § 1 D. 35, 2. „Si cui, si decem dedisset, viginti fundus fuisset legatus, is in toto fundo legatarius habebitur". Ferner l. 30 § 7. l. 91 D. 35, 2. Vgl. § 666 [8].

[16] Hierher gehört das Vermächtniß, daß der Erbe eine gewisse Sache um einen ihrem Werth nicht entsprechenden Preis kaufen oder verkaufen solle. L. 19 vgl. l. 30 § 1. l. 87 pr. D. 35, 2. Namentlich aber gehört der Fall hierher, wo ein Erbschaftsvermächtniß gegeben ist deducta, retenta, praecepta, accepta certa re oder pecunia, § 9 I. 2, 23, l. 30 § 7. l. 90. 91. 93 D. 35, 2, l. 60 [58] § 3. l. 65 [63] § 5 D. 36, 1. Was das Vermächtniß accepta certa re oder pecunia angeht, so tritt dasselbe ganz nahe an den Fall heran, wo etwas vermacht wird unter der Bedingung einer Leistung von Seiten des Vermächtnißnehmers, und die römische Jurisprudenz hat sich dieß nicht verborgen. L. 30 § 7 cit. „Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae condicionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Iuliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi"

Erbe[17], aber nach dem Willen des Erblassers als Ersatz für dasjenige, was er als Erbe nicht hat[18]. — Vorvermächtnisse hat der

S. auch l. 109 D. 35, 1, l. 13 § 6 D. 5, 3, und vgl. § 666 [8 a. E.], Dernburg S. 316 fg., Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. VI S. 354 fg.

[17] Als Erbe hat er auch nicht, was er von der herauszugebenden Erbschaft zurückbehalten darf. Indem er die Erbschaft herausgibt, hört er auf, was er als Erbe hatte, als Erbe zu haben; in der Qualität als Erbe kann er Nichts mehr haben. Er hat das Zurückbehaltene kraft der Verfügung, welche ihm die Zurückbehaltung gestattet, und diese Verfügung ist eine Einzelverfügung, ein Vermächtniß. S. § 9 I. 2, 23: — „et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei adquisita". Vgl. namentlich Neuner heredis institutio ex re certa S. 95 fg., neuestens Brandt in der in Note [11 a. E.] bezeichneten Schrift S. 30 fg.; a. M. Brinz 1. Aufl. S. 929. 2. Aufl. II S. 341, Mandry ACPra. LI S. 97 fg., Arndts Forts. von Glück XLVII S. 45, Kretschmar die Natur des Prälegats S. 7 fg. 194 fg., E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 642 [8], Dernburg III § 87 [6]. Uebrigens geht Neuner zu weit, wenn er annimmt (s. auch Vangerow 7. Aufl. II S. 485 und frühere Auflagen dieses Lehrbuchs [vor der 5.]), daß der Beschwerte die vorbehaltenen Sachen von dem Erbschaftsvermächtnißnehmer zurückempfange. Er behält sie eben zurück, nicht bloß dem Besitze, sondern auch dem R. nach. Wenn für das Gegentheil l. 17 [16] § 3 D. 36, 1: — „nec enim posse ex iure deduci quantitatem" angeführt wird, so hat Schwing zur Lehre von der heredis institutio ex re certa S. 38 fg. mit Recht bemerkt, daß dieser Grundsatz in der erwähnten Stelle nicht anerkannt, sondern verworfen wird. Allein daraus folgt nicht, daß der beschwerte Erbe die vorbehaltene Sache iure hereditario habe. Er hat zwar dasselbe Eigenthum, welches er als Erbe erworben hat und nicht ein ihm vom Erbschaftsvermächtnißnehmer neu übertragenes; aber dieses Eigenthum würde er nicht mehr haben, wenn nicht die Verfügung des Abzuges wäre. Deßwegen hat er es kraft dieser Verfügung. Es liegt hier im Wesentlichen das gleiche Verhältniß vor, wie beim Vindicationslegat. Auch beim Vindicationslegat geht das Eigenthum des Vermächtnißnehmers nicht erst durch die Person des Erben hindurch, sondern es entsteht in dem gleichen Moment, wie das R. des Erben an der Erbschaft, und verhindert, daß das Eigenthum an der vermachten Sache an den Erben übergehe. L. 80 D. 31, l. 69 pr. D. 30. Wie hier die Thatsache der Einsetzung auf die Erbschaft nicht zur Folge hat, daß der Eingesetzte wenigstens einen Moment lang Eigenthümer der vermachten Sache wird, so folgt in unserem Falle aus der Restitution der Erbschaft nicht, daß in der Erbschaft das Eigenthum an der vorbehaltenen Sache auf den Empfänger übergeht. Der Unterschied ist nur der, daß dort der Wille des Erblassers beschränkend wirkt, hier der Wille des Restituenten. Daß aber der Wille des Restituenten beschränkend zu wirken im Stande ist, hat seinen Grund nicht in seinem Erbr., sondern in der Verfügung des Erblassers, daß er diese Sache haben solle. Kretschmar die Natur des Prälegats S. 8 fg. will diese Verfügung als Vermächtniß, oder doch als „eigentliches Vermächtniß" deßwegen nicht anerkennen, weil sie auf Behalten, nicht auf Bekommen gerichtet sei. Danach gäbe es auch kein fideicommissum ne petat (creditor). Vgl. l. 22 D. 34, 3.

[18] Ueber die verschiedenen Auffassungen vgl. Vangerow § 536 Anm. Nr. II, Schlagintweit a. a. O. S. 350 fg., Jacoby ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVI S. 66, Dernburg S. 314 fg., Schwing zur Lehre von der

Erbe bis zum Belange seines Erbtheils nicht als Vermächtnißnehmer, und daher muß er sie bis zu diesem Belange in seine Quart einrechnen[19]. — Ebenso muß der Erbe einrechnen, was er von einem nach Anordnung des Erblassers erst später herauszugebenden Vermächtnißgegenstand in der Zwischenzeit an Früchten zieht; denn auch in einer solchen Anordnung liegt eine Zuwendung von Erbschaft[20].

heredis institutio ex re certa S. 27 fg. 38 fg., Neuner a. a. O. S. 107 fg., Brinz 1. Aufl. S. 927 fg. 2. Aufl. II S. 341, Brandt ([12 a. E.]) S. 69 fg. Vgl. die Anm. [17] auf S. 31 fg. — Für den ersten der in Note [16] genannten Fälle (Kauf um höheren oder Verkauf um geringeren Preis) kommt in den Quellen auch die Auffassung vor, daß die Gegenleistung des Vermächtnißnehmers nicht in die Quart eingerechnet, sondern von dem Betrage des Vermächtnisses abgezogen werden soll. Die eine und die andere Berechnung führt zu dem gleichen Resultate. Gewiß im Falle, wo nur ein Vermächtnißnehmer vorhanden ist. Aber auch bei Mehrheit der Vermächtnißnehmer, wenn man nur in letzterem Falle bei Vertheilung des Abzuziehenden auf die einzelnen Vermächtnisse den Vermächtnißnehmer, welcher gegen eine Gegenleistung erhalten soll, mit dem wirklichen Vermächtnißvortheil, also mit dem, was er nach Abzug der Gegenleistung behält, nicht mit dem, was er äußerlich erhält, in Anrechnung bringt. (Beispiel. Vermögen von 400. A soll ein Vermächtniß von 200 haben, dem B soll eine Sache, welche 200 werth ist, für 50 verkauft werden. Die 50, welche der Erbe außer dem Kaufpreis haben muß, sind dem A und B nach dem Verhältniß von 4 : 3, nicht zu gleichen Theilen abzuziehen. Ob man aber sagt: dem Erben sind 200+200 genommen, während ihm 50 zurückzugeben sind, oder: dem Erben sind nur 200+150 genommen, ist gleichgültig.) Vgl. auch E. A. Seuffert Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch § 622 [14].

[19] L. 74. 86 D. 35, 2, l. 91 eod. (vgl. § 666 [8]), l 24 C. 3, 36. Vgl. § 627 [4]. — Dem Vorvermächtniß steht nicht gleich, was der Erbe durch Collation erhält. Arndts RLex. III S. 835, Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 III S. 448 unten.

[20] L. 15 § 6. l. 24 § 1. l. 88 § 3 D. 35, 2 (vgl. über diese letzte Stelle II § 274 [4]); l. 18 § 1 D. 35, 2, l. 23 [22] § 2. l. 60 [58] § 5 D. 36, 1, l. 8 § 11 D. 5, 2. Die Erbschaftsfrüchte sind Erbschaft, da der Erbe sie in seiner Eigenschaft als Erbe hat; aber deßwegen braucht er nicht alle Früchte, welche er behält (§ 647 [14]), in seine Quart einzurechnen, sondern nur diejenigen, welche er nach Anordnung des Erblassers behält; denn nur diese sind zugewendete Erbschaft (l. 3 pr. § 1 D. 35, 2). L. 22 § 2 cit. „Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet: fructus enim qui percepti sunt, neglegentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit: tunc enim, quod percipitur, summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta facit et quartae fructus: nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur". S. auch § 2 I. 2, 22, l. 30 pr. l. 73 D. 35, 2. Hiernach berichtigt sich der ungenaue Ausdruck der l. 19 [18] § 1 D. 36, 1. — Von den einzurechnenden Erbschaftsfrüchten müssen aber abgezogen werden die Zinsen der Quart von der Zeit des Todes des Erblassers bis zum Erwerb der Früchte, oder, was auf dasselbe hinauskommt, es müssen die Zinsen dieses Betrags zu der zu deckenden Quart hin-

Von diesem Satz gilt jedoch eine Ausnahme für einen ganz speciellen in der Note[21] bezeichneten Fall.

3. Der Erbe kann den vierten Theil seines Erbtheils frei von Vermächtnissen und anderen Belastungen verlangen. Gerechnet werden natürlich nur diejenigen Vermächtnisse und Belastungen, welche gültig und wirksam sind[22], und diese nur so weit, als sie dem Erben wirklich etwas nehmen[23]. Vermächtnisse, von welchen keine Quart abgezogen werden darf, werden der Regel nach bei der Berechnung der Quart mit in Ansatz gebracht[23a]; jedoch kommt es auch vor, daß sie außer Ansatz bleiben, d. h. daß nicht der Gesammtbetrag aller Vermächtnisse in Vergleich gebracht wird mit dem gesammten Erbtheil, sondern daß die dem Abzug unterliegenden Vermächtnisse in Vergleich gebracht werden mit demjenigen, was die dem Abzug nicht unterliegenden vom Erbtheil übrig lassen[24]. Bei der Pupillarsubstitution

zugerechnet werden. L. 16 [15] § 6. l. 19 [18] § 1. l. 24 § 1 D. 35, 2, l. 23 [22] § 2 D. 36, 1. Denn der Erbe kann verlangen, seine Quart nicht bloß überhaupt, sondern auch sofort zu haben. — Vgl. noch Sf. X. 188.

[21] Wenn Eltern eingesetzten Kindern auferlegen, die Erbschaft im Falle kinderlosen Ablebens ihren Geschwistern, oder nach ihrem Tode den Enkeln, Urenkeln ꝛc. des Erblassers herauszugeben. In diesem Fall ist sogar die ausdrückliche Anordnung des Erblassers, daß die Quart aus den Früchten gedeckt werden soll, wirkungslos. L. 6 C. 6, 49. Vgl. § 648 [13 lit. b]. Sf. II. 107, IV. 67, VII. 207. [RG. XXIX S. 104 fg.: es kommt nicht darauf an, zu wessen Gunsten das Fideicommiß lautet. Zutreffend.]

[22] L. 50. 51. l. 76 § 1 D. 35, 2. Sf. II. 208.

[23] L. 1 § 10 D. 35, 2; l. 30 § 1. l. 87 pr. vgl. l. 19 eod.; l. 61 eod. Vgl. Note [18].

[23a] Wo aber dann der auf sie fallende Theil des Abzugs nicht etwa auf die nicht befreiten Vermächtnisse abgeworfen werden darf. Vgl. Note [38].

[24] Diese Art der Berechnung tritt ein a) bei Vermächtnissen von Sachen, welche zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau dienen, l. 81 § 2 vgl. mit § 1 D. 35, 2, und b) nach r. R. bei Vermächtnissen, welche ein Soldat hinterlassen hat, wenn neben denselben andere stehen, welche er als Nichtsoldat hinterlassen hat, l. 17 § 4. l. 18 D. 29, 1, l. 17. 92 D. 35, 2. Nach Arndts RLex. VI S. 321 und Vangerow II § 538 a. E. soll diese Art der Berechnung auch eintreten bei Pflichttheilsvermächtnissen und bei Vermächtnissen zu Gunsten von milden Stiftungen, ebenso Dernburg III § 101 [35]; aber ich finde für diese Behauptung in den Stellen, auf welche sie gestützt wird (l. 87 § 4 D. 31, l. 36 C. 3, 28, Nov. 131 c. 12), keinen Beweis, und es leuchtet nicht ein, weßwegen diese dem Erben ungünstigere Art der Berechnung im Zweifel eintreten soll. (Daß sie dem Erben ungünstiger ist, zeigen folgende Beispiele. Wenn der Erbtheil 400 beträgt, die vom Abzug befreiten Vermächtnisse 120, die nicht befreiten 240, so zieht der Erbe den letzteren nach dieser Berechnung 30 ab, nach der entgegengesetzten 40. Wenn umgekehrt bei einem Erbtheil von 400 die befreiten Vermächtnisse 240 betragen, die nicht befreiten 120, so zieht der Erbe den letzteren

werden, wie bei der Vulgarsubstitution, die dem Eingesetzten (Pupillen) und die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse zusammengerechnet, d. h. auch die letzteren gelten als hinterlassen nicht von der Kindes-, sondern von der väterlichen Erbschaft[24a].

4. Um im einzelnen Fall zu unterscheiden, ob der Erbe den vierten Theil seines Erbtheils frei hat, muß der Werth sowohl des Erbtheils als der Vermächtnisse auf Geld reducirt werden. Auf Affectionswerth wird dabei keine Rücksicht genommen[25]. Erbschaftsforderungen werden nicht zu ihrem Nominalbetrage angeschlagen, sondern zu demjenigen Betrage, welcher vom Schuldner beigetrieben werden kann[26]. Befristete Erbschaftsforderungen und befristete Erbschaftsschulden werden in Anschlag gebracht mit Abzug des Zwischenzinses[27]. Bedingte Erbschaftsforderungen und bedingte Erbschaftsschulden werden entweder zu ihrem jetzigen Verkaufswerth in Anschlag gebracht, oder, je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Bedingung, voll oder gar nicht, in den beiden

---

nach dieser Berechnung Nichts ab, nach der entgegengesetzten 20.) Wenn übrigens die befreiten und die nicht befreiten Vermächtnisse zusammen den Betrag des Erbtheils überschreiten, so werden bei der Herabsetzung der Vermächtnisse auf den Betrag des Erbtheils auch bei dieser Art der Berechnung die befreiten Vermächtnisse mit in Ansatz gebracht. Wenn bei einem Erbtheil von 400 die befreiten Vermächtnisse 400 betragen, die nicht befreiten 100, so fällt nicht etwa auf jene 400, auf die letzteren gar nichts, sondern auf jene 320, auf diese 80. L. 17 D. 35, 2.

[24a] L. 79 D. 35, 2. „In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset“. L. 11 § 5 D. 35, 2 (wo die Worte „quadrante nimirum“ hinter „de suo“ Glossem sind), l. 1 § 12. l. 31 cod., l. 1 § 1 D. 35, 3. Vgl. § 559, 8. Vangerow § 535 Anm. No. VI. 1 und die das. Citirten, Amann die Berechnung der Falcidia ꝛc. (§ 653 Note *) S. 80 fg.

[25] L. 42. l. 62 § 1. l. 63 pr. D. 35, 2.

[26] L. 63 § 1 D. 35, 2. „Cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest“. Aber was der Beschwerte selbst schuldig ist, wird unter allen Umständen voll in Ansatz gebracht; denn auch von ihm gilt, was l. 82 cit. von dem Schuldner sagt, dem seine Schuld vermacht ist: „ipse sibi . . dives est“. Ueber den Fall eines Wechsels in der Zahlungsfähigkeit des Schuldners s. Note [7, 8]. — Naturales obligationes: l. 1 § 17 D. 35, 2, vgl. l. 21 pr. l. 56 § 2 D. 35, 2. Correalobligationen: l. 62 pr. D. 35, 2.

[27] Arg. l. 73 § 4 D. 35, 2.

letzten Fällen unter Sicherheitsleistung für Rück- bez. Nachzahlung[28]; tritt die Bedingung ein, so ist ebenfalls der Zwischenzins in Abzug zu bringen[29]. Bedingte Vermächtnisse bleiben einstweilen außer Ansatz, gegen Sicherheitsleistung von Seiten der übrigen Vermächtnißnehmer für spätere Rückzahlung[30], ebenfalls unter Berücksichtigung des Zwischenzinses[31]. Befristete Vermächtnisse werden unter Berücksichtigung des Zwischenzinses sofort in die Rechnung eingestellt[32]. Bei

[28] L. 73 § 1 D. 35, 2, l. 1 § 4. 11 D. 35, 3.

[29] Die Bedingung hat nicht minder als die Befristung die Folge, daß der Erbe den Genuß des Forderungsgegenstandes einstweilen entbehrt oder behält. Vgl. auch l. 66 pr. l. 88 § 3 D. 35, 2.

[30] L. 47 § 1. l. 73 § 2 D. 35, 2.

[31] L. 88 § 3 D. 35, 2. Daß die Ausführung der Rechnung in dieser Stelle nicht richtig ist, habe ich bereits II § 274 [4] bemerkt. Die abzuziehende Summe hätte zwischen den Vermächtnißnehmern nicht nach dem Verhältniß von 4 zu 3, sondern nach dem Verhältniß von 5 zu 4 vertheilt werden sollen. (Die Rechnung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung bezogen, hat der bedingte Vermächtnißnehmer 100, der unbedingte 125. Bezieht man die Rechnung auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, so hat der unbedingte Vermächtnißnehmer 100, der bedingte 80.)

[32] Wenn außer dem Einen befristeten Vermächtniß kein anderes vorhanden ist, so liegt für die Aufstellung einer Rechnung kein Bedürfniß vor. Man kann in diesem Fall warten, bis der Termin herangekommen ist, und dann zusehen, ob der Erbe durch den Zwischengenuß des Vermächtnißgegenstandes die Quart und ihre Zinsen hat, oder wieviel ihm daran fehlt ([20]). Die Nothwendigkeit der Aufstellung einer Rechnung ergibt sich erst dann, wenn außer dem befristeten Vermächtniß noch andere unbefristete vorhanden sind, um nämlich zu bestimmen, ob und wie viel diesen letzteren abzuziehen ist. Ob man dann aber von dem befristeten Vermächtniß den Zwischenzins abzieht, oder ob man den unbefristeten Vermächtnissen den Zwischenzins hinzurechnet, führt zu dem gleichen Resultat, wenn man nur in dem einen und dem anderen Fall festhält, daß der Erbe zur Zeit, wo er das befristete Vermächtniß auszahlt, nicht bloß seine Quart, sondern auch die Zinsen seiner Quart haben muß. (Wenn bei einem Vermögen von 400 dem A 200 sofort, dem B 200 nach 10 Jahren vermacht sind, so hat der Erbe, wenn er dem A die 200 voll auszahlt, nach 10 Jahren aus den Zinsen des befristeten Vermächtnisses bei einem Zinsfuß von 5% nur 100, während er 100+50 haben muß, und die 50, welche ihm fehlen, werden dem A und dem B in Abzug gebracht bei der ersten Art der Berechnung nach dem Verhältniß von 200 : 133⅓, bei der zweiten Art nach dem Verhältniß von 300 : 200, d. h. in dem einen und dem anderen Fall nach dem Verhältniß von 3 : 2. Der Erbe zahlt also dem B 20 weniger, und empfängt von A 30 zurück. Oder er zieht A sofort 20 ab, welche mit dem Zwischenzins nach 10 Jahren 30 ausmachen.) Das Gesagte gilt übrigens in gleicher Weise auch für bedingte Vermächtnisse, deren Bedingung später eintritt, abgesehen davon, daß hier die Aufstellung einer Rechnung erst nach Eintritt der Bedingung möglich ist. Vgl. l. 45 pr. l. 73 § 4 l. 66 pr. l. 88 § 3 D. 35, 2 ([31]). Vgl. E. A. Seuffert Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch § 622 [13].

Vermächtnissen von Rechten, welche an die Lebensdauer des Berechtigten gebunden sind[33], wird der Werthanschlag mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Berechtigten gemacht[34], vorbehaltlich jedoch, wenn die Parteien nicht darauf verzichtet haben, späterer Correction[35]. Bei Vermächtnissen von immerwährenden Renten wird der jährliche Rentenbetrag zu 4% capitalisirt[36].

4. Was zuviel vermacht ist, zieht der Erbe den einzelnen Vermächtnißnehmern nach Verhältniß ab[37], vorausgesetzt daß der Erblasser nicht eine abweichende Anordnung getroffen hat[38].

4. Berechnung und Abzug der Quart bei einer Mehrheit von Erbtheilen*.

§ 653.

Für die Berechnung und den Abzug der Quart bei einer Mehrheit von Erbtheilen kennt das römische Recht folgende Möglichkeiten.

---

[33] Rentenvermächtniß, Alimentenvermächtniß, Vermächtniß von persönlichen Dienstbarkeiten. S. über diesen Fall namentlich B. W. Pfeiffer ACPra. XXVIII S. 295 fg. (1845). Fernere Literatur: Konopak Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart S. 16 fg. (1811). Fritz Mag. für RW. u. Gesetzg. IV S. 298 fg. (1825). Roßhirt I S. 552 fg., Arndts RLex. VI S. 431 fg. Sintenis III § 215 [19]. Neuestens Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 189 fg. (zu RG. V S. 108).

[34] Für die Berechnung derselben bei Alimentenvermächtnissen bietet die (ursprünglich nicht von der Berechnung der Falcidischen Quart, sondern von der Berechnung der Erbschaftssteuer handelnde) l. 68 pr. D. 35, 2 zwei Regeln dar, eine kürzere (ist der Vermächtnißnehmer unter 30 Jahren, so werden 30 Jahre gerechnet, ist er über 30, so werden so viele Jahre gerechnet, als zu 60 fehlen), und eine ausgeführtere (1—20 : 30, 20—25 : 28, 25—30 : 25, 30—35 : 22, 35—40 : 20, 40—50: soviele Jahre als zu 60 fehlen — 1, 50—55 : 9, 55—60 : 7, 60+x : 5), mit der Hinzufügung, daß gewöhnlich die kürzere Regel zur Anwendung gebracht werde. In l. 55 D. 35, 2 heißt es, daß ein Rentenvermächtniß auf Soviel geschätzt werden solle, „quanti venire id legatum potest". Ist außer dem betreffenden Vermächtniß ein anderes nicht vorhanden, so ist auch hier nicht nothwendig, sofort eine Rechnung zu stellen, l. 47 pr. D. 35, 2. S. noch l. 1 § 9 D. 35, 2.

[35] Dieß geht schon aus der Wahl hervor, welche l. 68 pr. D. 35, 2 zwischen den verschiedenen Arten der Berechnung läßt. S. ferner l. 1 § 16 D. 35, 2 „Si in annos singulos legatum sit Titio, quia multa legata et condicionalia sunt, cautioni locus est, quae in edicto proponitur 'quanto amplius accipit reddi'". Doch gehen die Meinungen hier auseinander. S. die Citate in Note [33].

[36] L. 3 § 2 D. 35, 2. — Bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs an eine juristische Person (Stadtgemeinde) sollen nach l. 68 pr. i. f. D. 35, 2 30 Jahre gerechnet werden — gegen die in l. 56 D. 7, 1 und l. 8 D. 33, 2 vorgetragene Regel. Vgl. Puchta Vorlesungen Beil. XXIV.

[37] L. 73 § 5 D. 35, 2. Vgl. Note [33a].

[38] L. 88 pr. § 1. 2 D. 35, 2.

1. Es werden die mehreren Erbtheile und die auf sie gelegten Vermächtnisse zusammengeworfen, und es wird nur Eine Quart von den vereinigten Erbtheilen berechnet (Zusammenrechnung).

2. Von jedem Erbtheil wird gegenüber den auf ihn gelegten Vermächtnissen die Quart besonders berechnet (Trennung)[1]. In diesem Fall hat es

a) entweder bei dem Resultat der Rechnung sein Bewenden (Trennung schlechthin), oder

b) es wird, wenn der eine Erbtheil überschwert ist, der andere Ueberschuß hat, dieser Ueberschuß den Vermächtnissen des überschwerten Erbtheils zu Gute gerechnet (Aufhülfe oder Aufbesserung der Vermächtnisse des einen Erbtheils durch den andern)[2].

---

* Roßhirt Vermächtnisse I S. 531—538 (1835). Stemann Elvers Themis N. F. I S. 295 fg. (1840). v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenr. Nr. 1 (1840). Hoffmann Sell's Jahrb. I S. 331 fg. (1841). Arndts RLex. VI S. 316—320 (1845). Huschke ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VI S. 370 fg. VII S. 54 fg. 187 fg. (1849. 1850). Herrmann das. VIII S. 394 fg. (1851). Vangerow ACPra. XXXVI S. 219 fg. 309 fg. XXXVII S. 327 fg. (1852. 1853). H. Pernice commentationes iuris Romani duae, comm. I (1855). Baron Gesammtverhältnisse S. 467 fg. 490 fg. (1864). Hoffmann ACPra. XLIX S. 64 fg. (1866). Amann die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, so wie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution (1876). Darüber Leist Gött. Gel. Anz. 1876 S. 385 fg. Neuere Inauguralabhandlungen von Sigmund (München 1846), Gordan (Bonnae 1856). Ferner die Lehrbücher von Vangerow II § 535, Sintenis III S. 716—718, Brinz 1. Aufl. S. 933—937, 2. Aufl. III S. 349—366, Arndts § 564. 565. Die genannten Specialdarstellungen beziehen sich theilweise ausschließlich auf den Fall der Pupillarsubstitution, oder nehmen doch ihren Ausgang von demselben. Vgl. in dieser Beziehung auch Pietak ACPra. LVIII S. 384 fg.

[1] Ob Trennung oder Zusammenrechnung stattfindet, ist von Einfluß, oder kann von Einfluß sein, nicht bloß auf das Maß dessen, was die Vermächtnißnehmer überhaupt erhalten, sondern auch auf die Vertheilung dessen, was sie zusammen erhalten. Wenn bei zwei Erbtheilen von je 400 der erste mit 240, der zweite mit 400 an Vermächtnissen beschwert ist, so erhalten im Fall der Zusammenrechnung die Vermächtnißnehmer im Ganzen 600, im Fall der Trennung nur 540; im Fall der Zusammenrechnung wird den Vermächtnißnehmern des ersten wie des zweiten Erbtheils abgezogen, jenen 15, diesen 25, im entgegengesetzten Fall wird den Vermächtnissen des ersten Erbtheils nichts abgezogen, denen des zweiten 100. Betragen die auf den ersten Erbtheil gelegten Vermächtnisse 400, die auf den zweiten Erbtheil gelegten 600, so erhalten zwar, mag Zusammenrechnung stattfinden oder nicht, die Vermächtnißnehmer zusammen immer 600; aber von den 400, die ihnen im Ganzen abgezogen werden, tragen bei Zusammenrechnung die Vermächtnißnehmer des ersten Erbtheils 160, die des zweiten 240, dagegen im Fall der Trennung die des ersten 100, die des zweiten 300.

Diese Möglichkeiten kommen in den verschiedenen hier denkbaren Fällen zur Verwendung nach folgenden Regeln.

1. Wenn für jeden der mehreren Erbtheile ein besonderer Erbe vorhanden ist, d. h. wenn jeder der mehreren Erbtheile von einem besonderen Erben erworben ist, so findet Trennung schlechthin statt[3], und dieß ändert sich auch dadurch nicht, daß hinterher ein Erbe den von einem andern Erben erworbenen Erbtheil zu dem seinigen hinzu erwirbt[4].

2. Wenn ein Erbe auf mehrere Erbtheile eingesetzt ist, so findet Zusammenrechnung statt, auch dann, wenn nicht alle der mehreren Erbeseinsetzungen unbedingt, oder wenn sie alle bedingt sind[5].

3. Wenn ein Eingesetzter zu seinem Einsetzungserbtheil den Erbtheil eines Miteingesetzten durch Vulgarsubstitution hinzu erhält (Substitutionserbtheil), so tritt Zusammenrechnung ein für die dem Erben

---

[2] Die Aushülfe führt zu dem gleichen Resultat wie die Zusammenrechnung, wenn man auf das Maß dessen sieht, was die Vermächtnißnehmer überhaupt erhalten, aber sie kann zu einem verschiedenen Resultate führen in Betreff der Vertheilung dessen, was sie zusammen erhalten. Während in dem in der vorigen Note bezeichneten Beispiel, wo bei zwei Erbtheilen von je 400 der eine mit 240, der andere mit 400 an Vermächtnissen beschwert ist, im Fall der Zusammenrechnung die Vermächtnißnehmer des ersten Erbtheils 225 erhalten, die des zweiten 375, erhalten im Falle der Aushülfe die ersten Vermächtnißnehmer ihre ganzen 240, die zweiten 360. Oder mit anderen Worten: im Fall der Zusammenrechnung kann es geschehen, daß zu Gunsten der Vermächtnißnehmer des überschwerten Erbtheils nicht bloß der Ueberschuß des nicht überschwerten Erbtheils verwendet wird, sondern auch den auf diesen Erbtheil angewiesenen Vermächtnißnehmern Etwas von dem ihnen Zukommenden genommen wird.

[3] L. 77 D. 35, 2, § 1 I. 2, 22. L. 77 cit. „In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. Et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titio exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae". Es macht auch keinen Unterschied, daß die mehreren Erbtheile durch Substitution an die Stelle Eines Erbtheils getreten sind, obgleich dieß für den Fall der Pupillarsubstitution nicht unbestritten ist. Vgl. l. 11 § 6 l. 80 pr. D. 35, 2, l. 1 § 3 D. 35, 3 und über diese theilweise schwierigen Stellen Vangerow Arch. S. 337 fg. Lehrbuch S. 469 fg., Amann S. 91 fg. und die von diesen Citirten, Brinz 2. Aufl. S. 354—356.

[4] L. 1 § 15 D. 35, 2. „Si coheredem meum post aditam hereditatem adrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres exstitissem".

[5] L. 11 § 7. l. 87 § 3 D. 35, 2. L. 11 cit.: — „aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe an sub diversis condicionibus sit heres institutus".

als Eingesetztem auferlegten Vermächtnisse (Einsetzungsvermächtnisse) und diejenigen, welche ihm als Substituten (auf den Substitutionsfall) auferlegt sind (Substitutionsvermächtnisse)[6]. Dagegen tritt keine Zusammenrechnung ein für die dem Voreingesetzten auferlegten Vermächtnisse (Voreinsetzungsvermächtnisse), welche mit dessen Erbtheil auf den Substituten nach dem durch gesetzliche Regel anerkannten präsumtiven Willen des Erblassers[7] übergehen; es wird aber, wenn der Substitutionserbtheil Ueberschuß hat, dieser Ueberschuß den Vermächtnissen des überschwerten Einsetzungserbtheils zu Gute gerechnet, nicht dagegen auch der Ueberschuß des Einsetzungserbtheils den Vermächtnissen des überschwerten Substitutionserbtheils[8]. Sind Voreinsetzungs- und

[6] D. h. sie werden verglichen mit den vereinigten Erbtheilen. A. M. Amann S. 33. 162 fg., welche Trennung mit gegenseitiger Aufhülfe annimmt. Aber Substitution ist Einsetzung unter einer Bedingung, und s. Note [5]. S. ferner l. 41 § 6 D. 28, 6. „Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset". Gilt das für die Pupillarsubstitution, so gilt es um so mehr für die Vulgarsubstitution.

[7] L. 74 D. 30. Vgl. § 639 [5 lit. a].

[8] Ein sehr bestrittener Punkt. Andere nehmen auch für diese Vermächtnisse Zusammenrechnung an, schlechthin oder für gewisse Fälle (für den Fall des Todes des Voreingesetzten vor dem Erblasser [so jetzt auch Leist a. a. O., mit neuer Begründung], oder für den Fall, wo der Einsetzungstheil überlastet ist, der Substitutionserbtheil nicht, bez. wo jener mehr überlastet ist als dieser). Vgl. die Nachweisungen bei Vangerow Nr. III, Amann S. 33 fg. und diese Schriftsteller selbst, Brinz 2. Aufl. III S. 358—360. Auch ich habe mich in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs [vor der 5] für Zusammenrechnung ausgesprochen, indem ich so argumentirte: die Voreinsetzungsvermächtnisse gelten nach gesetzlicher Regel als „repetita a substituto" (l. 74 D. 30), also sind sie ihm auferlegt, und (für den Substituten) nicht sowohl Voreinsetzungs- als Substitutionsvermächtnisse. Aber bei dieser Argumentation ist nicht beachtet, daß die Voreinsetzungsvermächtnisse eben auch „repetita", also zuerst und zunächst dem Voreingesetzten auferlegt sind, und daß daher der Substitut sie trägt als zunächst einem Andern auferlegte — der Inhalt des präsumtiven Willens des Erblassers ist näher der, daß die Substitutionsportion mit ihren Lasten auf den Erblasser übergehen soll. Daß dieß wirklich die Auffassung des r. R. ist, dafür scheint mir in entscheidender Weise ein Umstand zu sprechen, auf welchen Amann S. 49. 50 aufmerksam gemacht hat, daß nämlich mit der Verpflichtung des Substituten, die Vermächtnisse der Substitutionsportion zu tragen, die Verpflichtung des Miterben, die Vermächtnisse der anwachsenden Portion zu tragen, parallelisirt, und die Verpflichtung des Miterben aus der des Substituten hergeleitet wird. L. 61 § 1 D. 31. Nun aber wird in l. 87 § 4 D. 35, 2 als Princip aufgestellt, und dieses Princip auch sonst durchgeführt (s. die im Text folgende Darstellung), daß, wenn ein Miterbe Vermächtnisse „non suo nomine" trägt, Zusammenrechnung nicht stattfindet. — Bei der vorstehenden Auseinandersetzung ist auf l. 1 § 13 D. 35, 2 keine Rücksicht genommen worden, obgleich diese Stelle den im Text bezeichneten

Substitutionsvermächtnisse zugleich vorhanden, so werden die Substitutionsvermächtnisse zuerst mit dem Substitutionserbtheil zusammen mit den Voreinsetzungsvermächtnissen verglichen, sodann noch einmal zusammen mit den Einsetzungsvermächtnissen (wenn solche vorhanden sind) mit den vereinigten Erbtheilen[9].

4. Die gleiche Behandlung tritt ein, wenn ein eingesetzter Erbe durch Pupillarsubstitution zu seinem Erbtheil den Erbtheil des miteingesetzten Pupillen hinzu erhält. Also a) es findet Zusammenrechnung statt für die ihm als Eingesetztem und die ihm als Pupillarsubstituten (auf den Substitutionsfall) auferlegten Vermächtnisse[10].

Satz unmittelbar ausspricht. Denn nach meiner auch jetzt noch unveränderten Ueberzeugung wird diese Stelle aufgehoben durch die geradezu widersprechende l. 87 § 4 D. 35, 2, welche Zusammenrechnung annimmt. Alle Vereinigungsversuche, welche gemacht worden sind, sind m. E. mißlungen. Vgl. Vangerow Nr. III, auch Amann S. 35 fg., Brinz 2. Aufl. III § 419 [42]. Vangerow nimmt (mit der Glosse und v. d. Pfordten, ebenso Amann) an, die l. 87 § 4 cit. handele von dem Fall ausdrücklicher Belastung des Substituten mit den dem Voreingesetzten auferlegten Vermächtnissen. Allein dieses Auskunftsmittel scheitert daran, daß die Stelle nicht bloß von der Vulgar-, sondern auch von der Pupillarsubstitution spricht, also auch zu Lasten des Pupillarsubstituten ausdrückliche Belastung mit den Voreinsetzungsvermächtnissen angenommen (oder, wie Amann meint, geradezu ausgesprochen) haben müßte, womit der Schluß der Stelle in directem Widerspruch steht. Eine besondere Meinung (welche namentlich v. d. Pfordten und Vangerow theilen), ist die, daß auch in l. 1 § 13 cit. Zusammenrechnung für den Fall ausgesprochen werde, wo die Substitutionsportion Ueberschuß habe, bei Ueberlastung der Einsetzungsportion. Diese Meinung wird nicht unscheinbar auf die Worte gestützt: „is enim similis est ex parte pure ex parte sub condicione heredi instituto“. Is — nämlich der Substituirte. Aber andererseits ist doch die Frage, welche der Jurist beantworten will, offenbar nur die, ob mit dem Ueberschuß des einen Erbtheils den Vermächtnissen des andern Erbtheils aufgeholfen werden müsse: ist es glaublich, daß er habe aussprechen wollen, auch die Vermächtnisse des nicht überschwerten Erbtheils müßten einen Beitrag geben zur Befriedigung der Vermächtnisse des überschwerten? Zusammenrechnung aber, worauf die genannten Worte hinweisen, und Aufhülfe können zu dem gleichen Resultat führen, und führen namentlich dann zu dem gleichen Resultat, wenn dem hinzu erworbenen Erbtheil gar keine Vermächtnisse auferlegt sind. (Was den Text der l. 1 § 13 cit. angeht, so ist es nicht nöthig, das „ab eo“ auf „coheredis“ zu beziehen, oder „si omiserit“ zu ändern in „qui omiserit“. Die Stelle setzt gegenseitige Substitution voraus. Dagegen zwar Amann S. 38, aber nicht überzeugend.)

[9] Sie werden mit dem Substitutionserbtheil verglichen, weil auch sie wie die Voreinsetzungsvermächtnisse auf diesen Erbtheil gelegt sind. Sie werden mit den vereinigten Erbtheilen verglichen nach Note [6]. Die vereinigten Erbtheile kommen aber natürlich nur mit Abzug des den Voreinsetzungsvermächtnissen Gezahlten in Berechnung. Vgl. Vangerow Arch. S. 383. Lehrbuch S. 475, und unten Note [12]. A. M. Brinz 2. Aufl. III § 419 [37].

b) Der Pupillarerbtheil hilft mit seinem Ueberschuß den Vermächtnissen des Einsetzungserbtheils, nicht umgekehrt[11]. c) Die Substitutionsvermächtnisse werden sowohl dem Pupillarerbtheil gegenüber als gegenüber den vereinigten Erbtheilen zur Rechnung gebracht[12].

---

[10] L. 41 § 6 D. 28, 6 (⁶). Auch die dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse sind von der väterlichen, nicht von der Kindeserbschaft vergeben. S. § 559, 8. § 652 ²⁴ ᵃ.

[11] 1) Für die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse tritt keine Zusammenrechnung der Erbtheile ein, denn der Substitut trägt sie nicht suo nomine. L. 87 § 4 D. 35, 2: — „non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli". L. 11 § 7 D. 35, 2: — — „legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere: ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus . .". In l. 11 § 5 heißt es, der Substitut trage die Pupillarvermächtnisse „ut aes alienum quodlibet". 2) Dagegen wird der Ueberschuß des Pupillarerbtheils den dem Eingesetzten als solchem auferlegten Vermächtnissen zu Gute gerechnet. L. 87 § 5. 8 D. 35, 2. Allerdings ist es sehr fraglich, ob in diesen Stellen nicht Zusammenrechnung vorgeschrieben wird, und in der That nehmen das Viele an, so namentlich v. d. Pfordten S. 80 fg., Vangerow Arch. S. 331 fg. Lehrbuch S. 473, Brinz 2. Aufl. III § 419 ⁴³. Dawider Amann S. 162 fg. Ich selbst bin in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs davon ausgegangen, daß zwar nicht § 5 der citirten l. 87 zur Annahme der Zusammenrechnung nöthige, wohl aber § 8, in welchem ich mit Vielen lese: nec semis statt et semis. Ich möchte das jetzt nicht mehr festhalten, obgleich ich zugestehe, daß die Sache zweifelhaft bleibt. Entscheidend scheint mir auch hier die in Note ⁸ aufgeworfene Frage: ist es glaublich, daß der Jurist nicht bloß dem Substituten den Ueberschuß der Pupillarportion, sondern auch den Vermächtnißnehmern der Pupillarportion etwas von dem ihnen Gebührenden habe nehmen wollen, um den Vermächtnißnehmern der Einsetzungsportion zu helfen? Wenn es in § 5 heißt: augeri legata et perinde habendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset", so habe ich schon vorhin darauf aufmerksam gemacht, daß für den Fall, von welchem die Stelle ausdrücklich allein spricht, wo auf den Pupillarerbtheil gar keine Vermächtnisse gelegt sind, Aufhülfe und Zusammenrechnung zu dem gleichen Resultat führen. In § 8 dürfen keine Schwierigkeit machen die Worte: „ex integro ratio legis Falcidiae ponenda erit"; denn auch bei der Aufhülfe wird der den Vermächtnissen der Einsetzungsportion zu machende Abzug anders berechnet, als er ohne Rücksicht auf die Pupillarportion berechnet worden war. (Im Fall der Stelle waren die Einsetzungsvermächtnisse bereits bezahlt.) Bedenklicher sind allerdings die Worte „contributis legatis". Aber kann der Jurist nicht haben sagen wollen: der Erbe müsse zufrieden sein, wenn er nach Entrichtung der Vermächtnisse der einen und der anderen Portion den vierten Theil des Vermögens habe („pars quarta bonorum apud eum remaneat")?

[12] Es gilt ganz das in Note ⁹ Gesagte. Doch gehen die Meinungen außerordentlich auseinander. Die meisten Aelteren wollen die Substitutionsvermächtnisse auf den Pupillarerbtheil beschränken, ebenso Amann S. 162 fg. Nach einer andern Meinung sollen sie umgekehrt auf den Einsetzungserbtheil beschränkt

5. Wenn Jemand dadurch mehrere Erbtheile erhält, daß er mehreren Eingesetzten substituirt ist, so findet auch hier, ohne Unterschied zwischen Vulgar- und Pupillarsubstitution, Zusammenrechnung statt für die Substitutionsvermächtnisse[13], keine Zusammenrechnung, aber gegenseitige Aufhülfe, für die Voreinsetzungsvermächtnisse[14]. Die

sein, oder doch bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Pupillarerbtheil überschwert ist, außer Ansatz bleiben; so unter den Neueren, im Einzelnen mit Abweichungen, Stemann S. 303. 308, Hoffmann Sell's Jahrb. S. 363 fg. 386 fg. und Arch. a. a. O., Arndts RLex. XI S. 319. Eine dritte Meinung läßt bei Concurrenz von Pupillar- und Substitutionsvermächtnissen durchweg Zusammenrechnung eintreten; so v. d. Pforten S. 74 fg., Huschke VII S. 215 fg. Die hier vertheidigte Meinung ist von Vangerow (Arch. XXXVI S. 353 fg. und Lehrb. Nr. VI 3 c) begründet worden; demselben folgen Pernice p. 36 sqq. und Sintenis III § 215 [33]. Man könnte zwar zweifeln, ob die Substitutionsvermächtnisse dem Pupillarerbtheil ganz zur Anrechnung gebracht werden dürfen, und nicht vielmehr, da sie auch den Einsetzungserbtheil ergreifen, bloß in einem dem Verhältniß des Pupillarerbtheils zu den vereinigten Erbtheilen entsprechenden Betrage. Aber auf diesem Wege würde man dazu gelangen, auch die Einsetzungsvermächtnisse dem Pupillarerbtheil verhältnißmäßig anrechnen zu müssen, da diese in gleicher Weise den Substitutions- d. h. den Pupillarerbtheil mit ergreifen. Und s. auch l. 11 § 7 D. 35, 2. — „dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto, reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere . ." (s. Note [11]).

[13] Diese Vermächtnisse trägt der Substituirte als ein mehrere Male unter verschiedenen Bedingungen Eingesetzter, so daß l. 11 § 7 i. f. D. 35, 2 ([5]) hier unmittelbar paßt. Amann S. 220 fg. nimmt auch hier (vgl. Note [6]) keine Zusammenrechnung, sondern gegenseitige Aufhülfe an.

[14] Es findet keine Zusammenrechnung statt, weil der Substitut die Voreinsetzungsvermächtnisse nicht suo, sondern alieno nomine trägt ([8. 11]). Es findet Aufhülfe statt, weil „id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit proficit legatariis" (l. 1 § 13 D. 35, 2). Es findet gegenseitige Aufhülfe statt, weil jeder Erbtheil Substitutionserbtheil ist (s. den Schluß der Note). Uebereinstimmend l. 14 § 2 D. 35, 2. „Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat". Man darf nicht etwa aus den Worten „quartam partem hereditatis patris" schließen wollen, daß hier Zusammenrechnung angenommen werde. Diese Worte sind ein kürzerer Ausdruck für den weitläufigeren: der vierte Theil des einen und des anderen Erbtheils. — Uebrigens gehen auch hier die Meinungen sehr auseinander, nicht sowohl für die Vulgarsubstitution, wo, wie es scheint, allgemein Zusammenrechnung angenommen wird, als für die Pupillarsubstitution. Vgl. Vangerow Arch. XXXVII S. 359 fg. Lehrbuch Nr. VI. 4, Amann S. 220, und die von diesen Schriftstellern Citirten, Brinz 2. Aufl. III S. 364—365. Von Vielen wird für die Pupillarsubstitution ebenfalls Zusammenrechnung vertheidigt, während Vangerow und Amann a. a. OO., ebenso Hoffmann S. 357 fg., nicht einmal Aufhülfe zulassen wollen.

Substitutionsvermächtnisse kommen auch in diesem Fall nicht bloß den vereinigten Erbtheilen gegenüber, sondern auch dem betreffenden Substitutionserbtheil gegenüber zur Berechnung[15].

6. Wenn ein Erbe zu seinem Erbtheil einen andern durch Anwachsung hinzuerwirbt, so findet keine Zusammenrechnung statt, aber Aufhülfe der Vermächtnisse des eigenen Erbtheils durch den Ueberschuß des anwachsenden Erbtheils, nicht umgekehrt[16].

7. In derselben Weise kommt, wenn ein Vater zugleich mit seinem Kinde in der Gewalt erbt, den Vermächtnißnehmern des Vaters der Nießbrauch des Erbtheils des Kindes, welchen Nießbrauch der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt erwirbt, zu Gute[17].

Die letztere Meinung wird auf den Satz gestützt, daß von der Substitutionsportion die Quart abgezogen werden könne, wenngleich der Substituirte von einer andern Portion Ueberschuß habe. Aber in dieser Allgemeinheit ist der angerufene Satz nicht richtig: er ist nur richtig für den Fall, wo der Substituirte von einer anderen eigenen Portion Ueberschuß hat. Wirklich durchgreifend ist umgekehrt der Satz, daß der Substituirte mit dem Ueberschuß seiner Substitutionsportion den Vermächtnissen einer anderen ihm zufallenden Erbportion aufhelfen muß. Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, daß nach dem Eintritt des ersten Substitutionsfalles die dadurch erlangte Erbportion als Einsetzungsportion behandelt werden müsse, und daher zwar Aufhülfe verlangen könne, aber nicht zu gewähren brauche. Aber auch diesen Gedanken halte ich für abwegig. Denn die Substitutionsportion ist doch eben keine Einsetzungsportion, die besondere Behandlung der Substitutionsportion (daß sie Aufhülfe gewähren muß, aber nicht verlangen kann) beruht nicht darauf, daß sie zu einer anderen Portion hinzukommt, sondern, wie gesagt, darauf, daß sie zu einer anderen eigenen Portion hinzukommt.

[15] Sie sind eben zunächst auf den Substitutionserbtheil gelegt, und concurriren daher mit den Voreinsetzungsvermächtnissen und mindern den auf sie fallenden Betrag. Doch ist dieß hier nicht minder bestritten, wie für den Fall, wo eine Substitutionsportion zu einer Einsetzungsportion hinzutritt. Vgl. Note [12] und Vangerow a. a. OO.

[16] L. 78 D. 35, 2 „Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus exstiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem . . .; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret". Vgl. Vangerow Lehrb. a. a. O. Nr. V, Arndts § 564 [a], Amann S. 1 fg. Keinen Widerspruch für das praktische Resultat kann l. 1 § 14 D. 35, 2 begründen, da diese Stelle auf das von ihr erwähnte kaiserliche Rescript selbst kein Gewicht legt. Uebrigens ist es nicht unwahrscheinlich, daß diese Stelle sich ursprünglich nicht auf die Anwachsung, sondern auf die caducorum vindicatio bezogen hat. Vgl. v. d. Pfordten S. 10 fg. Huschke VII S. 200 fg., Amann S. 15 fg. (Dieser Schriftsteller sucht S. 10 fg. das Gleiche auch für l. 78 cit. nachzuweisen.)

[17] L. 21 § 1. l. 25 D. 35, 2. Amann S. 22 fg.

II. Von einzelnen Vermächtnissen im Besonderen.

A. Vermächtniß von individuell bezeichneten Sachen*.

§ 654.

1. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Erblassers, so wird der Vermächtnißnehmer mit Antritt der Erbschaft sofort Eigenthümer derselben (§ 646). Daß der Eigenthümer irrthümlicherweise das Eigenthum einem Andern zugeschrieben hat, thut der Gültigkeit oder Wirksamkeit des Vermächtnisses keinen Eintrag[1]. — Der Vermächtnißnehmer erhält die vermachte Sache so, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers ist; Veränderungen, welche mit ihr nach Errichtung des Vermächtnisses vor sich gehen, mehren und mindern das Recht des Vermächtnißnehmers[2], es müßte denn durch die Veränderung die Identität der Sache aufgehoben sein[3]. Doch ist in der einen und der anderen Beziehung im gegebenen Fall auf die erkennbare Willensmeinung des Erblassers Rücksicht zu nehmen[4]. — Liegen auf dem vermachten Grundstück Grunddienstbarkeiten, so muß der Vermächtnißnehmer das Grundstück mit diesen nehmen[5]; über den Fall, wo die beschwerte Sache mit dinglichen Rechten anderer Art be-

---

* Roßhirt II S. 133 fg., Arndts RLex. VI S. 324 fg. Forts. von Glück XLVI S. 120 fg., Unger § 67.

§ 654. [1] § 11 I. 2, 20. S. I § 172 [9]. Arndts Forts. von Glück S. 152 fg.

[2] L. 16 D. 32, l. 24 § 2 D. 30: l. 8 pr. l. 24 § 2 D. 30, l. 10 D. 31; § 19 I. 2, 20; l. 44 § 4 D. 30, l. 39 D. 31, l. 79 § 2 D. 32 (vgl. Note [4], Arndts S. 122 [48], Unger § 67 [7]); l. 19 pr. D. 33, 7. L. 8 pr. l. 24 § 3 D. 30, l. 22 D. eod. L. 24 § 4 D. 30, l. 65 § 2 D. eod.

[3] L. 6 § 1 D. 34, 2: — „nam qui fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, immo quodammodo extinctum sit". L. 65 § 2 D. 30. „Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum. At si ea domu destructa aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum". L. 24 § 4 D. 30, l. 88 § 2 D. 32, l. 88 pr. § 1. 3 eod., l. 44 § 2. 3 D. 30, l. 49 pr. D. 31. Vgl. 1) I § 187 [2. 4]; 2) III § 639 [4]. § 640 [5].

[4] L. 44 § 4 D. 30. — „Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem". L. 44 § 2. 3 eod. L. 65 § 1 D. 30 ([3]): — „nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum". Daraus erklären sich die entgegengesetzten Entscheidungen in l. 44 § 2 D. 30, l. 88 pr. D. 32. Auch l. 79 § 2 D. 32 ([2]) wird hierher zu beziehen sein. Vgl. überhaupt Sintenis III § 212 [12], Unger § 67 [6. 7].

[5] L. 69 § 3 D. 30, l. 70 § 1. l. 116 § 4 eod., l. 66 § 6 D. 31, l. 18 D. 8, 1.

lastet ist, s. die folgende Ziffer. Ebenso fallen dem Vermächtnißnehmer die auf der Sache liegenden obligatorischen Belastungen zur Last[6].

2. Steht die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten, so ist zu unterscheiden, ob der Erblasser dieß gewußt hat, oder nicht. Hat der Erblasser es nicht gewußt, so kann der Vermächtnißnehmer die Sache nur fordern, wie sie ist; d. h. er kann Herausgabe des Besitzes verlangen, wenn der Beschwerte im Besitz ist, aber er hat weder einen Anspruch wegen Entwehrung, noch überhaupt einen Anspruch, wenn der Beschwerte nicht im Besitz ist[7]. Hat dagegen der Erblasser gewußt, daß die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten stehe, so ist der Beschwerte verpflichtet, sie durch Erwerb von Diesem dem Vermächtnißnehmer zu verschaffen[8], oder wenn ihm der Erwerb nicht oder nur zu einem übermäßigen Preis möglich ist, ihren Werth in Geld zu ersetzen[9]. Ist es streitig, ob der Erblasser das fremde Eigenthum gekannt hat, so hat den Beweis der Vermächtnißnehmer, nicht der Beschwerte zu führen[10]. Doch ist die eine und die andere der aufgestellten Regeln nur Auslegungsregel; und so kann sehr wohl im gegebenen Fall der Beschwerte auch bei Irrthum des Erblassers auf Verschaffung der Sache haften[11], wie umgekehrt bei Nichtirrthum nicht

[6] Noxalansprüche, l. 70 pr. D. 30, l. 45 § 2 in Verbindung mit § 1 D. eod. Abgaben, d. h. die für die Zukunft verfallenden; die rückständigen muß ihm der Beschwerte ersetzen. L. 39 § 5 D. 30. Vgl. I § 220 [6].

[7] § 4 I. 2, 20, l. 67 § 8 D. 31 ([17]), l. 77 § 8 eod. Es wird hier gegenüber dem wirklichen Willen des Erblassers sein eigentlicher zur Geltung gebracht, — „forsitan enim, si scisset alienam, non legasset" (§ 4 I. cit.). Dieß kann man auch so ausdrücken: das Vermächtniß ist unwirksam wegen ermangelnder Voraussetzung; oder auch so: es ist ungültig (anfechtbar) wegen Irrthums. Vgl. § 636 [2], § 633 [22], und Unger § 67 [11]. Arndts S. 182. Sf. XVII. 72. [Metz Haftung für Eviction bei Schenkung und Vermächtniß. Erl. Diss. 1895 S. 40 fg.]

[8] § 4 I. 2, 20, § 1 I. 2, 24, l. 39 § 7 D. 30, l. 10 C. 6, 37. In diesem Fall haftet daher der Beschwerte auch wegen Entwehrung. Die entgegengesetzte Meinung, welche neuerdings wieder von Bachofen Pfandr. I S. 129 fg. vertheidigt worden ist, entbehrt der Begründung; s. gegen dieselbe Neuner heredis institutio ex re certa S. 257 [37], Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 253 fg., Arndts S. 165 fg. Ob freilich l. 71 § 1 D. 30 von einem andern Fall, als dem eines genus legatum zu verstehen sei, bleibt mir, wie Bekker, zweifelhaft. — Ueber c. 5 X. 3, 26 s. Arndts S. 158 fg.

[9] § 4 I. 2, 20, l. 71 § 3 D. 30, l. 14 § 2. l. 30 § 6 D. 32. Vgl. § 634 [6], § 647 [5].

[10] § 4 I. 2, 20, l. 21 D. 22, 3.

[11] L. 10 C. 6, 37: — „quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse". Die „proxima

auf Verschaffung[12]. — Hört die vermachte Sache nach Errichtung des Vermächtnisses auf, im Eigenthum des Erblassers zu stehen, so liegt, wenn dieß durch Veräußerung geschieht, in derselben im Zweifel ein Widerruf des Vermächtnisses[13]; tritt dagegen der Eigenthumsverlust gegen den Willen des Erblassers ein, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß derselbe nicht Fortbestand des Vermächtnisses gewollt habe[14]. Kommt umgekehrt die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses fremde Sache hinterher in das Eigenthum des Erblassers, so hat das Vermächtniß die gleiche Wirkung, als wenn die Sache von Anfang an eine eigene des Erblassers gewesen wäre[15].

---

persona" ist nur beispielsweise zu verstehen. S. andererseits l. 77 § 8 D. 31, wo ein einem Sohne gegebenes Vermächtniß einer fremden Sache nicht aufrecht erhalten wird: dann aber wieder l. 74 [72] D. 36, 1. Es kommt eben Alles auf die Auslegung des Willens im gegebenen Fall an. Arndts S. 156 fg., Brinz 2. Aufl. III § 415 [4]. Vgl. noch l. 39 pr. D. 40, 5.

[12] So ist es eine außerordentlich nahe liegende Auslegung, daß, wenn der Erblasser die vermachte Sache zu fordern hat, er nur Abtretung des Forderungsr. gewollt habe, l. 39 § 3 D. 30, vgl. l. 76 eod. In demselben Sinne entscheidet l. 71 § 6 D. 30, daß, wenn Jemand ein Grundstück vermache, welches in seinem superficiarischen R. steht, anzunehmen sei, daß er nur dieses superficiarische R. habe vermachen wollen. Wenn ferner Jemand eine Sache vermacht, an welcher ein Anderer das Miteigenthum hat, so entsteht die Frage, ob er nicht die Sache nur soweit habe vermachen wollen, als sie sein ist. L. 5 § 2 D. 30. „Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed 'meum' nominaverit, portionem deberi constat". Vgl. l. 24 D. 33, 7, l. 30 § 4. l. 68 pr. D. 32. Arndts S. 183 fg. Sf. V. 40. [LII. 168.]

[13] L. 15. 18. 24 § 1. l. 25 D. 34, 4, l. 11 § 12 D. 32, § 12 I. 2, 20. Den Beweis, daß in der Veräußerung kein Widerruf liege, hat zwar der Bedachte zu führen, die Beweiskraft von Umständen aber, welche für den Bedachten sprechen, muß der Beschwerte durch Gegenbeweis beseitigen, l. 11 § 12 cit.: „necessitate urgente". Vgl. Unger § 67 [4]. Sf. XL. 217 (RG., etwas abweichend), XLI. 29. — Im Wiedererwerb der Sache liegt im Zweifel kein Widerruf des Widerrufs. L. 15. l. 27 pr. D. 34, 4. Zu l. 27 § 1 eod. vgl. l. 26 eod. (Fein Forts. von Glück XLIV S. 247 fg.), zu l. 79 § 3 D. 32. Arndts § 569 [4].

[14] Weil nicht einmal in der Veräußerung nothwendig eine Zurücknahme des Vermächtnisses liegt. S. Note [13].

[15] Arndts S. 121. RLex. VI S. 328. Man darf nicht etwa sagen, daß für den Fall, wo der Erblasser die Sache für die seinige gehalten hat, die regula Catoniana entgegenstehe. Das Verhältniß ist nicht das gleiche, wie wenn der Erblasser eine eigene Sache des Vermächtnißnehmers vermacht hat ([21]). In diesem letzteren Falle ist das Vermächtniß ungültig, weil seine Ausführung objectiv unmöglich ist; in unserem Fall ist es, wenn überhaupt ungültig und nicht bloß unwirksam (I § 97 [5]), insofern ungültig, als gegenüber dem wirklichen Willen des Erblassers sein eigentlicher zur Geltung gebracht wird (I § 97), und der eigentliche Wille des Erblassers geht darauf, daß die Sache in demjenigen

— Wie das Vermächtniß einer fremden Sache wird auch das Vermächtniß einer Sache behandelt, auf welcher ein fremdes Pfandrecht, eine fremde Emphyteuse oder Superficies, oder ein fremder Nießbrauch liegen; d. h. der Vermächtnißnehmer bekommt die Sache, wie sie ist, wenn der Erblasser das beschwerende Recht nicht gekannt hat, wogegen er im entgegengesetzten Fall verlangen kann, daß die Sache ihm frei von dem beschwerenden Recht geliefert werde[16].

3. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Beschwerten, so kann der Vermächtnißnehmer dieselbe selbst dann fordern, wenn der Erblasser sie für die seinige gehalten hat[17]. Ebenso muß der Beschwerte, wenn er ein Pfandrecht, eine Emphyteuse, eine Superficies oder einen Nießbrauch an der vermachten Sache hat, dieselbe frei von diesen Rechten selbst dann leisten, wenn der Erblasser diese Rechte nicht gekannt hat[18]. Für den Fall, wo der Erblasser das Eigenthum des Beschwerten gekannt hat, macht sich übrigens auch hier die zu Note 12 bezeichnete Auslegungsfrage geltend[19].

Zustande geleistet werden solle, in welchem sie zur Zeit seines Todes ist. Vgl. l. 10 D. 31 (2) und § 638 [11]. Arndts RLex. VI S. 309 [258].

[16] § 5 I. 2, 20, l. 57 D. 30, l. 6 C. 6, 42; l. 66 § 6 D. 31. Nach dem Wortlaut der letzten Stelle (23) ist der Erbe zur Befreiung der vermachten Sache von einem auf ihr liegenden Nießbrauch unbedingt verpflichtet; aber daß in ihrem Sinne die Beschränkung auf den Fall des Wissens des Erblassers hinzu zu denken ist, muß um so mehr angenommen werden, als sie mit dem Nießbrauch das Pfandr. zusammenstellt. Vgl. Arndts S. 130 fg., Dernburg Pfandr. I S. 129 fg.; a. M. Bachofen Pfandr. I S. 126, Brinz 2. Aufl. III § 415 [32]. Ueber die cit. l. 57 D. 30 f. Mühlenbruch ACPra. XV S. 393 fg., Arndts S. 136 fg. 521 fg., Mommsen in seiner Pandektenausgabe, E. A. Seuffert in der Festgabe für Planck S. 177 fg.; auch I § 233a [1 3ff. 2]. Sf. XXXVI. 206. Gegen die Ausdehnung des in den Quellen für Nießbrauch und Pfandr. Bestimmten auf Emphyteusis und Superficies Brinz III S. 321 und Dernburg III § 109 [10]. Der Letztere will es „heutzutage" auch für Hypotheken nicht gelten lassen.

[17] L. 67 § 8 D. 31 „Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. Quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem". Vgl. auch l. 59 D. 21, 2. Arndts S. 193 fg. Sf. V. 39.

[18] L. 26 D. 31, l. 76 § 1 eod. Arndts S. 127 fg.

[19] In gleicher Weise kann, wenn der Erblasser gewußt hat, daß dem Beschwerten eines der bezeichneten Re an der vermachten Sache oder ein Forderungsr. auf dieselbe zustehe, gefragt werden, ob nicht der Wille des Erblassers darauf gerichtet war, daß der Vermächtnißnehmer nur dieses R. erhalten solle.

4. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Vermächtnißnehmers, so ist das Vermächtniß ungültig[20], und wird auch dadurch nicht gültig, daß der Vermächtnißnehmer die Sache hinterher veräußert, es müßte denn das Vermächtniß ein bedingtes sein[21]. Ist aber die vermachte Sache mit einem Pfandrecht, einer Emphyteuse, einer Superficies oder einem Nießbrauch belastet, so hat das Vermächtniß insoweit Bestand, daß der Beschwerte verpflichtet ist, die Sache von diesen Rechten zu befreien[22], vorausgesetzt, wenn dieselben nicht dem Erblasser oder dem Beschwerten zustehen, daß der Erblasser sie gekannt hat[23]. Mit der gleichen Maßgabe hat das Vermächtniß

[20] Wegen Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 634 [5]). L. 13 C. 6, 37, § 10 I. 2, 20, l. 82 § 2 i. f. D. 31, l. 37 pr. D. 32.

[21] Gemäß der Catonianischen Regel (§ 638), § 10 I. 2, 20, l. 41 § 2 D. 30, l. 98 D. 35, 1. Ueber l. 1 § 2 D. 34, 7 (wo die Worte „si eum vivo testatore alienaveris" die dem Vermächtniß gesetzte Bedingung bezeichnen) vgl. § 638 [14]; s. auch l. 18 D. 31. Arndts S. 224—229.

[22] Der Vermächtnißnehmer kann sie fordern, so weit sie nicht sein ist. L. 71 § 5 D. 30 „Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Iulianus l. XXXVIII. Dig. scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum". L. 86 pr. D. 30 „Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur". Vgl. auch l. 43 § 3 eod. Ueber l. 66 § 6 D. 31 s. die folgende Note. — Den bezeichneten Rn dürfen nicht die Grunddienstbarkeiten gleichgestellt werden. Denn nach der hier maßgebenden Anschauung erscheint die mit einer Grunddienstbarkeit belastete Sache nicht als eine theilweise fremde, s. Note [5].

[23] Nach dem unter Ziff. 2 und 3 Gesagten. Wenn die bezeichneten Re einem Fremden zustehen, so ist, wenn der Erblasser sie nicht gekannt hat, nicht anzunehmen, daß er den Beschwerten mit der Verpflichtung habe belasten wollen, sie anzukaufen. Durch Beziehung auf den Fall der Unkenntniß des Erblassers will Vangerow § 525 Anm. 2 Nr. 3 auch den Widerspruch der l. 66 § 6 D. 31 beseitigen. „Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede . . .; enimvero fundo relicto (abgesehen von dem Grundstück selbst) ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit . . . Sin autem res mea mihi legetur, legatum propter istas causas non valebit". Aber nach dem in Note [16] Gesagten muß diese Stelle umgekehrt von einem wissenden Erblasser verstanden werden. Andere Vereinigungsversuche bei Vangerow a. a. O., Arndts S. 235 fg., neuestens Serafini Arch. giur. XVIII p. 5 s. Ich erkenne mit der herrschenden Meinung (Bachofen Pfandr. I S. 134 fg., Mommsen Beiträge I S. 156 fg. [4], Dernburg Pfandr. I S. 135 fg.) den Widerspruch an; Papinian stößt sich daran, daß das Vermächtniß wegen eines Nebensächlichen („ob reliquas praestationes") bestehen solle, da es in der Hauptsache keinen Bestand hat. Daß für die Anwendung die entgegengesetzte freiere Entscheidung vorzuziehen ist, scheint mir nicht zweifelhaft, und damit stimmt im Resultat auch die herrschende Meinung überein. Vgl. außer

auch dann Bestand, wenn der Vermächtnißnehmer zwar Eigenthümer ist, aber sein Eigenthum der Anfechtung oder dem Rückfall unterliegt; der Beschwerte muß ihn dann gegen den Verlust seines Eigenthums sichern[24]. Geht auf die vermachte Sache eine Forderung, so ist, wenn der Erblasser diese Forderung kannte, als sein Wille anzusehen, daß der Vermächtnißnehmer von derselben befreit werden solle[25]. — Erwirbt der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der vermachten Sache nach Errichtung des Vermächtnisses, so kann er aus dem Vermächtniß Ersatz der Opfer fordern, mit denen der Erwerb für ihn verbunden war[26].

5. Die im Vorstehenden aufgestellten Grundsätze gelten auch, wenn eine Sachgesammtheit vermacht worden ist. Namentlich ist auch hier im Zweifel als Wille des Erblassers anzusehen, daß der Vermächtnißnehmer den Vermächtnißgegenstand so erhalten solle, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers ist[27].

[I. Das Vermächtniß einer individuell bestimmten Sache ist nach BGB, auch wenn die Sache Eigenthum des Erblassers ist, nur von obligatorischer Wirksamkeit (2174).

1. Das Vermächtniß erstreckt sich im Zweifel auch auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör der vermachten Sache (2164 Abs. 1), sowie auf die vom Anfall des Vermächtnisses an gezogenen Früchte, nicht aber auf die Gebrauchsvortheile (2184. 100) und nicht auf versäumte Früchte (Prot. der II. Comm. S. 7004 fg.), es wäre denn Verzug eingetreten (286).

2. Der Beschwerte haftet von dem Erbfall an — auch dann, wenn der Anfall später erfolgt (2179), für jede Fahrlässigkeit (276), für zufällige Be-

---

den Genannten noch Roßhirt II S. 161 fg., Arndts RLex. VI S. 329; a. M. Sintenis § 217 [16], Brinz 1. Aufl. S. 874. 2. Aufl. III § 414 [v].

[24] L. 82 § 1 D. 30 „Si ex bonis eius, qui reipublicae causa aberat, rem usu adquisierim et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere".

[25] L. 39 § 2 D. 30. Kannte der Erblasser die Forderung nicht, so kann der Vermächtnißnehmer selbst dann nicht Befreiung verlangen, wenn die Forderung dem Erblasser selbst zustand. Denn die Belastung einer Sache mit einer Forderung bewirkt ebensowenig theilweise Fremdheit derselben, wie die Belastung mit einer Grunddienstbarkeit. L. 45 § 1. 2. l. 70 pr. § 1 D. 30. A. M. Arndts S. 231 fg. (RLex. S. 329).

[26] S. § 639 [5].

[27] § 18 I. 2, 20. „Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiciuntur, legato cedere Iulianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus . .". L. 21. 22 D. 30, l. 28 D. 36, 2, vgl. l. 10 § 8. l. 11. l. 31 D. 7, 4; l. 91 § 2 D. 32; l. 7 pr. D. 34, 2.

schädigungen oder zufälligen Untergang (vgl. zu [2 fg.]) dagegen haftet er nicht. Natürlich aber ist, wenn die Sache durch Dritte dem Erben entzogen, zerstört oder beschädigt wird, § 281 anwendbar. Wenn die Sache nach der Errichtung des Vermächtnisses, aber vor dem Tode des Erblassers beschädigt wurde, und der Erblasser einen Ersatzanspruch erworben hat, so erstreckt sich das Vermächtniß im Zweifel auf diesen Anspruch, soweit er sich auf den Werth der Sache bezieht (2164 Abs. 2); ein weitergehender Interesseanspruch des Erblassers gilt nicht als vermacht. War die Sache schon zur Zeit des Erbfalls untergegangen, so ist das Vermächtniß nach § 2171 unwirksam. Jedoch gilt, wenn nach Anordnung des Vermächtnisses die Sache durch Dritte zerstört wurde, der etwaige Ersatzanspruch des Erblassers als vermacht, aber wiederum nur, soweit er sich auf den Werth der Sache bezieht (2169 Abs. 3). Wenn die Sache vor dem Erbfall mit einer andern in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt wurde, daß nach §§ 946—948 das Eigenthum einer andern Sache sich auf sie erstreckt hat oder Miteigenthum eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet wurde, daß der Arbeiter Eigenthümer wurde, so gilt die Leistung der Sache als unmöglich (2172 Abs. 1), das Vermächtniß der Sache ist also unwirksam (2171). Statt der Sache gilt aber als vermacht nicht nur der Anspruch des Erblassers gegen den Dritten, der jene Handlungen vornahm, auf Werthersatz, sondern es gilt auch, falls in Folge der Verbindung oder Vermischung durch einen Dritten Miteigenthum eingetreten war, dieses als vermacht (2172 Abs. 2). Hat der Erblasser selbst jene Handlungen vorgenommen, so erhält der Vermächtnißnehmer im Allgemeinen nichts, da der Erblasser durch Verbrauch der Sache zu erkennen gab, daß er das Vermächtniß nicht mehr wollte; anders nur, wenn (im Falle der Verbindung) der Erblasser ein ius tollendi hat, dann gilt dieses als vermacht (2172 Abs. 2).

3. Auf die Beseitigung von Rechten, welche auf der Sache lasten (vgl. zu [5. 16. 18. 22. 23]), hat der Vermächtnißnehmer nach BGB. keinen Anspruch (2165 Abs. 1 S. 1); nur gilt, wenn der Erblasser einen Anspruch auf die Beseitigung hatte (z. B. gegen seinen Verkäufer), dieser Anspruch als mitvermacht (2165 Abs. 1 S. 2). Im Uebrigen geht das BGB., entgegen dem von Windscheid (zu und in [16]) für das gemeine Recht eingenommenen Standpunkte, sogar von dem Princip aus, daß im Falle der Belastung der Sache mit Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden der Vermächtnißnehmer nicht nur die dingliche Last dulden muß, sondern auch dem Erben gegenüber zur Berichtigung der Schuld nach Verhältniß des Werths des vermachten Grundstücks verpflichtet ist. Genaueres s. § 2166—2168.

4. Der Beschwerte hat bei dem Vermächtniß einer bestimmten zur Erbschaft gehörenden Sache Verwendungsansprüche so, wie der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber (2185). In dem ursprünglichen, in der II. Commission gestellten Antrage, auf dem diese Vorschrift ruht, hieß es: wie der gutgläubige Besitzer. Dieß Wort aber ist gestrichen in der Absicht, hervortreten zu lassen, daß vielmehr von dem Augenblick an, in welchem der Beschwerte von dem Vermächtniß Kenntniß erhält, er als bösgläubiger Besitzer zu gelten hat (Prot. S. 7006 fg.).

II. Gehört die vermachte, bestimmte Sache zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlaß, so ist das Vermächtniß in Ermangelung entgegenstehenden Willens

des Erblassers unwirksam (2169 Abs. 1). Wenn der Erblasser dagegen will, daß die Sache dem Vermächtnißnehmer auch für den Fall zugewandt sein soll, daß sie nicht zur Erbschaft gehört, so wirkt das Vermächtniß als Verschaffungsvermächtnß (2170).

1. Ein solcher Wille des Erblassers wird anzunehmen sein, wenn er das fremde Eigenthum kannte (vgl. zu [8]); kannte er es nicht, so ist jener Wille des Erblassers zwar im Zweifel nicht anzunehmen, aber nicht unmöglich (s. zu [11]). Wenn nach Errichtung des Vermächtnisses der Erblasser die Sache veräußert, so wird das Vermächtniß im Zweifel wirkungslos (vgl. zu [13]), aber auch, wenn die Sache wider Willen des Erblassers aus seinem Eigenthum heraustritt (Zwangsvollstreckung, Pfandverkauf), muß entgegen dem zu [14] Gesagten dasselbe angenommen werden. Erwirbt der Erblasser nach Errichtung des Vermächtnisses die Sache (vgl. zu [15]), so wirkt das Vermächtniß als Vermächtniß eines Erbschaftsgegenstandes, gleichviel ob es vorher wirkungslos war, oder als Verschaffungvermächtniß wirkte. Hat der Erblasser eine Forderung auf Leistung der Sache, so gilt diese Forderung als vermacht (2169 Abs. 3). Wenn eine Sache zwar im Eigenthum des Erblassers steht, aber ihm entzogen war, so gehört das Eigenthum, nicht der Besitz zum Nachlaß. Der Erbe ist also im Zweifel nicht verpflichtet, die Sache einzutreiben und dem Vermächtnißnehmer zu liefern, sondern nur, den Herausgabeanspruch abzutreten. Hat der Erblasser wegen Entziehung der Sache einen Anspruch auf Werthersatz, so gilt die Forderung hierauf als vermacht (2169 Abs. 3), nicht aber der etwa weitergehende Schadenersatzanspruch. Hatte der Erblasser nur den Besitz, nicht das Eigenthum, so gilt der Besitz als vermacht, es wäre denn, daß derselbe ohne Vortheil für den Vermächtnißnehmer wäre (z. B. reiner Verwahrungsbesitz) (2169 Abs. 2). War der Erblasser zur Veräußerung der Sache verpflichtet (verkaufte, noch nicht tradirte oder noch nicht aufgelassene Sache), so gilt die Sache als nicht zur Erbschaft gehörig (2169 Abs. 4).

2. Das Verschaffungsvermächtniß (2170) wirkt dahin, daß der Beschwerte dem Vermächtnißnehmer die Sache verschaffen muß (zu [8]); kann der Beschwerte dieß nicht, so muß er den Werth entrichten; ist die Verschaffung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich, so darf er sich durch Entrichtung ihres Werthes befreien; anders war das zu [9] Gesagte wohl auch für das gemeine Recht nicht aufzufassen.

3. In Betreff thatsächlicher Mängel gilt bei dem Verschaffungsvermächtniß nichts Anderes, als bei dem Vermächtniß einer zur Erbschaft gehörenden Sache, bei welchem natürlich für Sachmängel nicht gehaftet wird. Dagegen steht in Ansehung von Rechtsmängeln der Verschaffungspflichtige wie ein Verkäufer, nur mit der Maßgabe, daß er sich auch in dieser Beziehung auf § 2170 Abs. 2 berufen kann (2182 Abs. 2, vgl. Abs. 1), also, wenn der Rechtsmangel nicht beseitigt werden kann, nur den Werth, den die Freiheit der Sache von demselben haben würde, entrichten muß, und wenn die Beseitigung des Rechtsmangels unverhältnißmäßige Aufwendungen fordert, diesen Werth entrichten darf. Entgegen dem Rechte des Kaufes wird jedoch für Freiheit eines Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten im Zweifel nicht eingestanden (2182 Abs. 3).

4. Steht die Sache im Eigenthum des Beschwerten, so begründet das in Bezug auf die Frage, ob das Vermächtniß unwirksam oder als Verschaffungs-

vermächtniß zu behandeln ist, nach BGB. keine Besonderheit (vgl. anders zu [17]). Aber der Beschwerte kann in solchem Falle niemals den § 2170 Abs. 2 anrufen.

5. Steht die Sache im Eigenthum des Vermächtnißnehmers (zu [20 fg.]), so ist das der Wirksamkeit des Vermächtnisses nach § 2171 nur dann hinderlich, wenn der Vermächtnißnehmer zur Zeit des Erbfalls Eigenthümer ist. Daß in solchem Falle das Vermächtniß in einem der bei [24. 25] genannten Sinne zu interpretiren ist, ist auch nach BGB. nicht unmöglich.]

B. Vermächtniß von generisch bezeichneten Sachen.

§ 655.

1. Vermächtniß von Sachen einer gewissen Art, welche im Nachlaß vorhanden sind. Dieser Fall schließt sich unmittelbar an den Fall des Vermächtnisses einer Sachgesammtheit (§ 654 Ziff. 5) an; der Unterschied ist nur der, daß in diesem Fall die vermachten Sachen keine Einheit für die Vorstellung bilden. Das Eigenthum geht auch hier auf den Vermächtnißnehmer unmittelbar über[1]. Welche Sachen zu der bezeichneten Art gehören, ist eine Auslegungsfrage; die in dieser Beziehung in den Quellen vorkommenden Regeln können heutzutage nur insofern angewendet werden, als die deutsche Sprache Ausdrücke besitzt, welche den lateinischen vollkommen entsprechen[2]. Geht das Vermächtniß nicht auf alle Sachen der bezeichneten Art, sondern auf eine beschränkte Zahl derselben, so steht die Wahl dem Vermächtnißnehmer zu[3], so jedoch, daß er nicht das Beste wählen darf[4].

§ 655. [1] Nach der Regel des § 646.

[2] Dig. 33, 6 de tritico vino vel oleo legato. 33, 7 de instructo vel instrumento legato. 33, 9 de penu legata. 33, 10 de suppellectile legata. 34, 2 de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. L. 79 § 1 D. 32 („mobilia"); l. 65 § 4 — l. 66. l. 81 § 2—5 eod. (Vermächtniß von Thieren); l. 81 § 1 eod. („mulieres"). Vermächtniß des vorhandenen oder des in einer bestimmten Kasse vorhandenen Geldes: l. 30 § 6. l. 34 § 4. l. 51. l. 108 § 10 D. 30, l. 1 § 7 D. 33, 4. Vgl. Roßhirt II S. 47—81. 113—119, Arndts S. 206 fg., Sf. II. 360 („Mobiliarvermögen").

[3] Eben weil ihm Eigenthum gegeben ist. § 22 I. 2, 20. „Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit". L. 108 § 2 D. 30, l. 71 pr. eod., l. 2 § 1. l. 12 D. 33, 5, vgl. l. 20. l. 34 § 14 D. 30, l. 19. 23 D. 31. Anders war es im classischen R. im Fall des Damnationslegates und des Fideicommisses, nach der für Obligationen geltenden Regel (II § 255 [19] § 254 [2]). Ulp. XXIV, 14, arg. l. 109 § 1 D. 30; vgl. l. 32 § 1. l. 47 § 3 D. 30, l. 43 § 3 D. 31, l. 29 § 1 D. 32. Auch für das heutige R. bleibt Willensinterpretation vorbehalten. Arndts RLex. VI S. 342. Lehrb. § 579 [2], Vangerow II § 549 Anm. 1, Brinz 1. Aufl. S. 894 fg. 2. Aufl. III S. 319. Sf. XVII. 73. Ascoli Bullet. dell' istituto di diritto romano I p. 83 (Schneider kr. VJS. XXXII S. 258.)

2. Vermächtniß von generisch bezeichneten Sachen ohne Beschränkung auf die im Nachlaß befindlichen Sachen dieser Art[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der Fall des Vermächtnisses einer Geldsumme[6]. An diesen Fall schließt sich der Fall des Vermächtnisses anderer vertretbarer Sachen an. Sind nichtvertretbare Sachen in dieser Weise vermacht[7], so entsteht die Frage, ob nicht das Vermächtniß wegen mangelnder Bestimmtheit ungültig ist[8]. Diese Frage liegt noch näher, wenn zwar vertretbare Sachen, aber ohne Angabe der Quantität vermacht worden sind; in diesem Fall wird nur unter ganz besonderen Umständen für die Gültigkeit entschieden werden dürfen[9]. In allen Fällen kommt, so weit bei Gültigkeit des

[4] L. 37 pr. D. 30. Ebenso darf der Beschwerte, wenn ihm die Wahl gegeben ist, nicht das Schlechteste wählen, l. 110 D. 30. Sf. XVII. 73.

[5] Ohne Beschränkung; eine solche liegt nicht in jeder Bezeichnung. L. 96 pr. D. 30. „Quidam testamento vel codicillis ita legavit 'aureos quadringentos Pamphilae dari volo ita ut infra scriptum est: ab Iulio actore aureos tot et in castris quos habeo tot et in numerato quos habeo tot'. Post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summae in alios usus translatae essent; quaero, an debeatur fideicommissum. Respondi: verosimilius est patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur". S. andererseits l. 108 § 10 D. 30, l. 1 § 7 D. 33, 4, l. 8 § 2 D. 31. Windscheid Voraussetzung S. 135. O. Müller de falsa demonstratione Comm. I. p. 14 sqq. (akad. Programm 1861).

[6] Vermächtniß einer Geldsumme in Werthpapieren: Arndts S. 220 fg. Sf. III. 351, XIX. 172; XI. 62, XVII. 73. Wiederholung des Vermächtnisses einer Geldsumme; l. 34 § 3. 4 D. 30, l. 12 D. 22, 3, vgl. l. 34 § 5. 6 D. 30. Arndts S. 212 fg.

[7] S. g. legatum generis.

[8] Es ist zuerst zuzusehen, ob das Vermächtniß nicht auf die im Nachlaß vorhandenen Sachen dieser Art gedeutet werden kann; ist dieß nicht zulässig, „magis derisorium est quam utile legatum". So entscheidet l. 71 pr. D. 30 für den Fall, wo ein Haus (domus) vermacht worden ist; s. ferner l. 69 § 4 D. 23, 3 („fundus"). Aber man darf nicht sagen, daß das legatum generis in allen Fällen ungültig sei. „Wenn z. B. einem Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein paar gute Wagenpferde, einem Landmann ein paar gute Zugochsen oder Milchkühe, ein neuer Pflug oder Erntewagen vermacht würde u. dgl. mehr, wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden? und aus welchem vernünftigen Grunde? Und so wird auch, wenn Jemandem ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadtgegend, so wie es seinem Stande und Bedürfnisse angemessen ist, vermacht wäre, schwerlich sich ein Richter entschließen können, und mit Recht, dieß Vermächtniß als unwirksam zu behandeln". Arndts RLex. VI S. 334. S. auch § 633 [15 b]. Vgl. noch Vangerow § 549 Anm. z. A., Brinz 1. Aufl. S. 872 fg.

[9] Auch hier aber ist zuzusehen, ob nicht das Vermächtniß auf die im Nachlaß vorhandenen Sachen dieser Art gedeutet werden kann. L. 7 pr. D. 33, 6.

Vermächtnisses noch eine Unbestimmtheit bleibt, diese dem Beschwerten zu Gute; er, nicht der Vermächtnißnehmer, hat die Entscheidung[10].

[1. Auch nach BGB. ist generische Bestimmung des Vermächtnißgegenstandes möglich (2155). Auf ein derartiges Vermächtniß finden die Sätze vom generischen Schuldverhältniß Anwendung; ist jedoch eine generisch bestimmte Sache vermacht, so ist nicht § 243 Abs. 1 maßgebend, sondern der Beschwerte muß eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache leisten (2155 Abs. 1). Dieß hilft auch über die in Note [8] besprochene Schwierigkeit im Allgemeinen hinweg. Ist aber die Bestimmung des Erblassers so vage, daß sich ein fester Vermächtnißinhalt nicht finden läßt, so ist auch nach BGB. das Vermächtniß ungültig (vgl. zu [8. 9.]). Das Bestimmungsrecht innerhalb des Genus hat an und für sich der Beschwerte vgl. zu [10]). Der Erblasser kann aber anordnen, daß der Bedachte selbst oder ein Dritter die Sache bestimmen soll; die Bestimmung erfolgt dann durch Erklärung an den Beschwerten. Kann der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen, oder versäumt er eine von dem Nachlaßgericht auf Antrag eines Betheiligten gesetzte angemessene Frist zur Erklärung, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über (2155 Abs. 2. 2154. 2151 Abs. 3 S. 2). Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so ist so zu leisten, als hätte der Erblasser keine Anordnung über die Bestimmung getroffen (2155 Abs. 3); es gilt dann also § 2155 Abs. 1. Die Bestimmung durch den Dritten oder den Bedachten kann möglicher Weise eine Sache treffen, welche der Beschwerte erst von einem Andern erwerben soll. Dann entsteht die Frage, ob dem Beschwerten § 2170 Abs. 2 zur Seite steht, für den Fall, daß er die Sache nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen erwerben kann. Nach dem Wortlaut der §§ 2169 fg. ist das nicht anzunehmen; denn jene Vorschriften haben nur den Fall des Vermächtnisses einer bestimmten Sache im Auge. Jedoch ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erblasser das Bestimmungsrecht des Bedachten oder des Dritten als ein so strenges gedacht habe, daß der Beschwerte auf Grund ihrer Bestimmung die bestimmte Sache mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen zu erwerben, oder falls er sie nicht erwerben kann, wegen subjectiver Unmöglichkeit

„Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset. . . . Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant. Labeo id probat, idque verum est“. Diese Auslegung war für die Römer bei der Artikellosigkeit der lateinischen Sprache leichter, als sie für uns ist; aber daß sie bei uns unmöglich sei, ist zuviel behauptet. Unger § 70 [1], Arndts S. 205 fg., Dernburg III § 110 [16]. A. M. Vangerow § 550 Nr. 3, Brinz 1. Aufl. S. 898. 2. Aufl. III S. 317.

[10] Weil der Vermächtnißnehmer hier nur ein Forderungsr. hat. L. 3 pr. l. 4 D. 33, 6 l. 75 (vgl. l. 50 § 3) D. 32. L. 3 pr. cit. „Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit“. Sf. IX. 320.

vollen Schadensersatz zu leisten verpflichtet sein sollte. Vielmehr werden jene Personen im Zweifel gültig nur eine Sache bestimmen können, welche ohne unverhältnißmäßige Aufwendungen erworben werden kann. Möglich ist auch, daß dem Bedachten oder dem Dritten nur die nähere Bestimmung der Beschaffenheit der Sache innerhalb der vom Erblasser bestimmten Gattung, nicht die Bestimmung des individuellen Leistungsgegenstandes übertragen werden sollte.

2. Das Zubehör, welches eine vermachte Sache zur Zeit des Erbfalls hat, gilt nach § 2164 Abs. 1 als mitvermacht, ohne daß dieser Satz im Wortlaut auf das Vermächtniß einer bestimmten Sache beschränkt wäre. Man hat aber (vgl. Prot. der II. Comm. S. 6915) die Vorschrift dennoch nicht für das generische Vermächtniß beabsichtigt, für das sie auch gar nicht paßt. Wohl dagegen ist bei einem generischen Sachvermächtniß dasjenige Zubehör als mitvermacht anzusehen, welches einer Sache dieser Art regelmäßig zukommt. Wer einen Schrank vermacht, vermacht auch einen Schlüssel.

3. In Ansehung der Früchte spricht § 2184 deutlich nur von dem Vermächtniß eines bestimmten (zur Erbschaft gehörigen) Gegenstandes.

4. Ebenso steht andererseits dem Beschwerten bei dem generischen Vermächtniß kein Verwendungsanspruch zu. Beides beruht darauf, daß bei dem generischen Vermächtniß die individuelle Sache, welche die Früchte trägt oder die Verwendungen verursacht, in keinen Beziehungen zu dem Vermächtniß steht.

5. Ist die geleistete Sache mangelhaft, so kann der Bedachte wie ein Käufer verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Hat der Beschwerte einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Bedachte wie ein Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (2183).

6. Auch in Betreff rechtlicher Mängel steht der Beschwerte wie ein Verkäufer da, nur daß er im Zweifel für Freiheit eines Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten nicht einsteht (2182 Abs. 1. 3).

7. Wenn unter generischer Bezeichnung die sämmtlichen Nachlaßgegenstände einer bestimmten Art vermacht werden (zu [18]), so ist das ein Vermächtniß einer Mehrheit bestimmter zum Nachlaß gehörender Gegenstände. Ist eine beschränkte Zahl von Sachen bestimmter Art aus dem Nachlaß vermacht, so sollte das nach E. I § 1864 als Wahlvermächtniß behandelt werden. Die II. Comm. hat aber diese Bestimmung gestrichen in der Absicht, es der freien Auslegung zu überlassen, ob der Erblasser ein Wahlvermächtniß (s. unt. zu § 661) oder ein generisches Vermächtniß mit beschränktem Genus im Auge hatte (vgl. Prot. der II. Comm. S. 6949 fg.)]

C. Vermächtniß von dinglichen, das Eigenthum beschränkenden Rechten.

§ 656.

1. Begründung eines solchen Rechts durch Vermächtniß[1]. Der Erblasser kann dasselbe an seiner Sache vermachen; dann erwirbt es

[1] Dig. 33, 2 de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum fideicommissum datis. Dig. 33, 3 de servitute legata. § 4 I. § 656.

der Vermächtnißnehmer unmittelbar mit Antritt der Erbschaft[2]. Er kann es auch an einer fremden Sache vermachen; dann ist der Beschwerte verpflichtet, es dem Vermächtnißnehmer zu verschaffen, vorausgesetzt, daß der Erblasser die Fremdheit der Sache gekannt hat oder daß die Sache eine Sache des Beschwerten ist[3]. Das Besondere, welches für das Vermächtniß einer persönlichen Dienstbarkeit in Betreff des Anfalls gilt, ist bereits § 642 Note 12 bemerkt worden; hier ist hinzuzufügen, daß, wenn eine persönliche Dienstbarkeit für unterbrochene Zeiten vermacht wird, dieß nicht als Ein Vermächtniß, sondern als eine Mehrheit von Vermächtnissen behandelt wird[4]. Auch in der Weise kann ein Recht an fremder Sache durch Vermächtniß begründet werden, daß die Sache mit Vorbehalt des Rechts[5], oder daß dem Einen die Sache, dem Andern das Recht vermacht wird[6].

2, 3, § 1 I. 2, 4. Emphyteuse und Superficies: I § 221 [4]. § 223 [12]. Pfandr. l. 1 C. 6, 43 (— „cum . . hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare"), l. 26 D. 13, 7, l. 9 D. 33, 1, l. 12 D. 34, 1. Die beiden zuletzt genannten Stellen handeln von der fideicommissarischen Anordnung eines Pfandr. („voluit"). Eine besondere Ansicht über die geschichtliche Entwickelung der Bestellung eines Pfandr. durch Vermächtniß bei Dernburg Pfandr. I S. 281 fg.; dawider v. Scheurl kr. VJS. II S. 454 fg. Vgl. überhaupt Roßhirt II S. 168 fg., Arndts RLex. VI S. 334 fg. [Lammfromm über L. 1 D. 33, 2 (Vermächtniß eines Nießbrauchs an Prädialservituten) ACPra. LXXXVII S. 142 fg. (1897).]

[2] Vgl. § 646. — Doch wird derjenige, welchem verbrauchbare Sachen zum Nießbrauch vermacht worden sind, Eigenthümer erst durch Tradition des Beschwerten. L. 7 D. 7, 5, l. 9 § 4 D. 10, 4, l. 1 § 17 D. 36, 3. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 126 fg. [Unterscheidung des Nießbrauchsvermächtnisses vom Rentenvermächtniß: RG. XXXVII S. 168 fg.]

[3] Vgl. § 654, 2. 3.

[4] Wie das Rentenvermächtniß (§ 660 [3]). L. 1 pr. D. 7, 3. „Quamquam usus fructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies; aliter atque si cui vel in menses vel in dies vel in annos singulos quid legetur; tunc enim per dies singulos vel menses vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si usus fructus cui per dies singulos legetur vel in annos singulos, an semel cedat. Et puto, non cedere simul, sed per tempora adiecta, ut plura legata sint; et ita libro quarto digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus usus fructus legatus est". L. 1 § 3. l. 2 § 1. l. 28 D. 7, 4, l. 11. 13 D. 33, 2. Vgl. I § 216 [11 a. E.], III § 645 [3. 4].

[5] § 1 I. 2, 4, l. 6 pr. D. 7, 1, l. 66 § 7 D. 31, l. 4 D. 33, 2, l. 14 C. 3, 33. Der juristische Vorgang ist näher so zu denken, daß der Eigenthümer in Einem Acte das Eigenthum der Sache vergibt und die Sache belastet. Vgl. I § 212 [12].

[6] Auch in diesem Falle begründet der Erblasser durch sein Vermächtniß Etwas, was bis dahin nicht dagewesen ist; er vermacht nicht etwa ein abgezogenes Stück des Eigenthums. S. die vorige Note. — In den Quellen findet

2. Vermächtniß eines bestehenden Rechts an fremder Sache. Der Erblasser kann in dieser Weise sein eigenes Recht vermachen oder ein fremdes; im ersten Fall geht das vermachte Recht mit dem Antritt der Erbschaft unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über[7], im zweiten Fall erhält der Vermächtnißnehmer ein Forderungsrecht auf Verschaffung des vermachten Rechts, vorausgesetzt, daß der Erblasser gewußt hat, daß er nicht der Berechtigte sei, oder daß der Berechtigte der Beschwerte ist[8]. Ist nur die Ausübung des vermachten Rechts übertragbar, so kann die Verschaffung wenigstens dieser verlangt werden[9].

3. Durch das Vermächtniß eines Rechts an fremder Sache an den Eigenthümer der Sache selbst erhält derselbe, wenn das vermachte Recht ein Recht des Erblassers ist, unmittelbar Befreiung, sonst eine Forderung auf Befreiung[10].

[Auch nach BGB. kann sowohl ein zu begründendes dingliches Recht vermacht werden, wie auch die Uebertragung eines bestehenden, nicht durch den Tod des Erblassers erlöschenden; auch die Befreiung von einem dinglichen Recht ist möglicher Vermächtnißgegenstand. In allen diesen Fällen tritt aber nur obligatorische Wirkung ein (2174). Die Vorschriften über die Unwirksamkeit des Vermächtnisses

---

sich die Entscheidung, daß, wenn dem Einen die Sache, dem Andern der Nießbrauch vermacht werde, der Nießbrauch Beiden gemeinschaftlich werde (l. 3 § 2. l. 9 D. 7, 2, l. 6 D. 7, 5, l. 19. l. 26 § 1 D. 33, 2), und Modestin (l. 19 cit.) will diese Entscheidung sogar in dem Fall aufrecht erhalten, wo ein gegentheiliger Wille des Erblassers erkennbar vorliegt. „Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit (l. fuit), ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur; nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo 'Titio fundum detracto usufructu do lego', vel 'Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato': quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum (l. quod actum) sit." Modestin war also der Meinung, daß die bezeichnete Vermächtnißerklärung als ein Ausdruck des wirklichen Vermächtnißwillens nicht angesehen werden könne. Da das nun aber jedenfalls für unsere sprachliche Auffassung offenbar unrichtig ist, so wüßte ich nicht, was uns heutzutage abhalten könnte, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Im Zweifel wird aber gewiß angenommen werden müssen, daß der Erblasser durch das Vermächtniß des Nießbrauchs das Vermächtniß der Sache habe beschränken wollen. Vgl. Francke observationes de iure legatorum fideicommissorum spec. I cap. 1 (1832), Brinz 1. Aufl. S. 901, Unger § 71[5], Arndts XLVIII S. 182 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 105 fg.; a. M. Schneider Anwachsungsr. S. 296 fg., Vangerow § 554 Anm. 1 Num. 3.

[7] L. 71 § 6 D. 30, l. 1 § 7 D. 43, 18.

[8] Vgl. § 646. 654 Ziff. 2. 3.

[9] Vgl. I § 205.

[10] L. 71 § 5. l. 86 § 4 D. 30, l. 1 § 1 D. 34, 3.

eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, sowie eventuell über das Verschaffungsvermächtniß (2169 fg.) finden Anwendung. Soll ein dingliches Recht begründet werden, so gelten die Vorschriften über das Vermächtniß eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes dann, wenn die Sache zur Erbschaft gehört, an der es begründet werden soll; in den beiden andern Fällen kommt es darauf an, ob das Recht zum Nachlaß gehört. Hat der Erblasser ein Recht vermacht, welches an einer Sache oder einem Recht des Erben besteht, so gilt in Ansehung des Vermächtnisses die Confusion als nicht erfolgt (2175). Das Vermächtniß eines bestehenden zur Erbschaft gehörenden Rechts umfaßt auch dessen seit dem Anfall gezogenen Früchte, sowie das sonst auf Grund des Rechts Erlangte (2184). Analog wird anzunehmen sein, daß dasselbe gilt, wenn die Befreiung von dem Rechte vermacht wurde, und daß, wenn ein zu begründendes Nutzungsrecht an einem Erbschaftsgegenstande vermacht wurde, auch die Früchte dem Vermächtnißnehmer gebühren, die seit Anfall des Vermächtnisses von dem Gegenstande gezogen werden, an welchem das Recht begründet werden sollte. Die Vorschrift über die Verwendungen in § 2185 spricht nur vom Sachvermächtniß, aber es wird unvermeidlich sein, dieselbe entsprechend auf das Vermächtniß anderer Gegenstände auszudehnen. (Dafür E. I § 1880; die II. Comm. Prot. S. 7006 fg. setzte statt „Gegenstand" „Sache", gibt aber nicht an, daß aus Gründen hiermit eine Einengung vorgenommen werden sollte.]

D. Vermächtniß von Obligationen.

§ 657.

1. Begründung einer Forderung durch Vermächtniß. Von diesem Fall ist hier nichts Besonderes zu sagen[1].

2. Vermächtniß einer bestehenden Forderung[2]. Ist dieselbe eine eigene des Erblassers, so geht sie mit Antritt der Erbschaft unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über[3]; für den Fall des Vermächtnisses einer fremden Forderung gilt das Gleiche, wie für das Vermächtniß fremder Sachen und fremder dinglicher Rechte. Besteht die vermachte Forderung nicht, so erhält der Vermächtnißnehmer Nichts, und im Zweifel selbst dann nicht, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Forderung, sondern das Verschuldete bezeichnet worden ist[4]. Wird die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers er-

§ 657. [1] Vgl. § 647. 648. Roßhirt II S. 220 fg.

[2] S. g. legatum nominis, nomen legatum. Haubold de legato nominis (opusc. academica I p. 497 sqq.). Roßhirt II S. 228 fg., Arndts RLex. VI S. 336 fg., G. Krüger die Grundsätze des r. R. über Vermächtnisse von Forderungen und Schulden. Greifsw. Inaug.-Diss. 1883. Sf. XV. 145.

[3] Nach dem R. der Cession, vgl. II § 330. Actio mandata: § 21 I. 2, 20, l. 44 § 6. l. 75 § 2 i. f. l. 105 D. 30, l. 10 D. 34, 3. Actio utilis: l. 18 C. 6, 37.

[4] L. 75 § 1. 2 D. 30, l. 25 D. 34, 3. In diesen Stellen wird das Vermächtniß eines als verschuldet bezeichneten Gegenstandes bei Nichtbestand der

füllt, so erhält der Vermächtnißnehmer das dadurch an den Erblasser Gelangte[5], es müßte denn den Umständen nach eine Willensänderung des Erblassers anzunehmen sein[6]; im Uebrigen verliert mit dem Untergang der Forderung auch das Vermächtniß seinen Bestand[7].

[SGB. Das Vermächtniß einer bestehenden Forderung verpflichtet den Erben immer nur zur Abtretung (2174). Besteht die Forderung gegen den Erben, so gilt sie als nicht durch Vereinigung erloschen (2175). Anwendbar sind §§ 2169 fg.,

---

Forderung schlechthin für hinfällig erklärt. Aber es wird die Möglichkeit zuzugeben sein, daß der Erblasser mit der Hinzufügung des Verschuldetseins „demonstrare potius heredibus voluit, unde centum sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem legato inicere" (vgl. l. 96 pr. D. 30). Die deutsche Sprache bietet hier in dem Artikel ein Hülfsmittel der Interpretation, welches der lateinischen abging. Ist eine Quantität mit Hinzufügung des Artikels vermacht („die Hundert, welche mir Titius schuldig ist"), so kann allerdings kein Zweifel daran aufkommen, daß der Erblasser für den Fall des Nichtverschuldetseins Nichts hat vermachen wollen. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 132 fg., Brinz 1. Aufl. S. 903 fg. 2. Aufl. III S. 327, Vangerow § 555 Anm. Nr. 1, O. Müller de falsa demonstratione institutioni vel legato adiecta Comm. II. (akad. Programm 1865) p. 15 sqq. 27 sqq. 30. — Ist der vermachte Gegenstand nur alternativ verschuldet, so hängt es in dem regelmäßigen Fall, wo der Schuldner die Wahl hat, von dem Belieben desselben ab, ob der Vermächtnißnehmer Etwas erhalten soll oder nicht — „ex eventu solutionis legatum valet". L. 50 § 1 D. 31, l. 75 § 4 D. 30, vgl. § 3 eod. Für den Fall, wo der eine der alternativ verschuldeten Gegenstände dem Einen, der andere einem Andern vermacht ist, ergibt sich eine doppelte Möglichkeit der Betrachtung. Man kann einerseits sagen, daß der Erblasser es vom Erfolg habe abhängig machen wollen, welcher der beiden Vermächtnißnehmer wirklich etwas erhalte; so l. 50 § 1 D. 31. Erwägt man aber andererseits, daß der Erblasser gewußt hat, daß die Forderung nur einen der beiden genannten Gegenstände gewähren werde, so kommt man zu dem Resultat, daß er denjenigen, welchen sie nicht gewähren werde, schlechthin habe vermachen wollen; so l. 76 D. 30. Die gleiche Entscheidung findet sich für die Correalobligation, l. 82 § 5 D. 30, l. 13 pr. D. 31. Vgl. Arndts RLex. VI S. 337, Fitting die Natur der Correalobligationen S. 158 fg. 183 fg., Krüger a. a. O. S. 9 fg.

[5] Gewiß dann, wenn als Vermächtnißgegenstand nicht die Forderung als solche, sondern der Forderungsgegenstand bezeichnet worden ist; daraus, daß der Erblasser diesen Gegenstand nicht hat vermachen wollen, wenn er ihn nicht zu fordern hat, folgt nicht, daß er ihn auch für den Fall nicht hat vermachen wollen, wo er ihn nicht mehr als einen zu fordernden hat. Aber auch wenn als Vermächtnißgegenstand die Forderung als solche bezeichnet worden ist, muß im Zweifel das Gleiche angenommen werden; der Vermächtnißwille geht im Zweifel nicht auf die Forderung in dieser ihrer juristischen Existenz, sondern auf die Forderung als Vermögensstück in seiner gegenwärtigen und zukünftigen Gestalt. S. die Citate in der folgenden Note. [[Sf. XLVII. 124]]. [Gegen die hier vertretene Meinung.]

[6] L. 11 § 13. l. 64 D. 32. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 904. 905, 2. Aufl. III S. 328. 329, Unger § 72 [2], Krüger a. a. O. S. 16 fg.

[7] § 21 I. 2, 20, l. 75 § 2. l. 82 § 5 D. 30, l. 21 pr. § 1 D. 34, 3. [Sf. XLVII. 124.]

ferner in Ansehung der Früchte und dessen, was sonst der Erbe auf Grund der Forderung erlangt, § 2184, und wohl auch in Ansehung von Verwendungen ist entsprechend anwendbar § 2185. Ist die Forderung zur Zeit des Erbfalls bereits erloschen, so ist das Vermächtniß im Allgemeinen untergegangen, vorbehältlich der Vorschrift des § 2169 Abs. 3. Hat der Erblasser selbst die Forderung eingezogen, so gilt im Zweifel, wenn es eine Geldforderung war, immer der Betrag als vermacht; war es eine Forderung anderen Gegenstandes, so gilt dasselbe nur dann, wenn der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist (2173).]

3. Vermächtniß einer bestehenden Forderung an den Schuldner selbst, Vermächtniß der Schuldbefreiung[8]. Der Vermächtnißnehmer erhält Befreiung oder ein Forderungsrecht auf Befreiung, je nachdem er Schuldner des Erblassers oder eines Dritten ist[9], das Eine und das Andere natürlich nur in dem Umfang, in welchem der Erblasser es ihm hat zuwenden wollen[10]. Ist er Nichts schuldig, so erhält er Nichts, und im Zweifel selbst dann nicht, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Schuld, sondern das Verschuldete bezeichnet worden ist[11]. Durch Untergang der Schuld bei Lebzeiten des Erblassers erlischt das Vermächtniß[12.12a].

[8] Legatum liberationis, liberatio legata. Dig. 34, 3 de liberatione legata. Roßhirt II S. 276 fg., Arndts RLex. VI S. 338 fg.

[9] Von dem letzten Fall handeln l. 8 pr. l. 11. l. 24 D. 34, 3; über den ersten s. z. B. § 13 I. 2, 20, l. 3 § 3. l. 7 § 1. l. 22. 25 D. 34, 3, 17 C. 6, 42. Wenn diese Stellen auch den Schuldner des Erblassers selbst auf eine von dem Erben zu erlangende Schuldbefreiung verweisen, so hat das seinen Grund theils in dem indirecten Ausdruck des Erlaßwillens (Damnationslegat, Fideicommiß), theils in der mangelnden Form des directen. Der erste Grund besteht bereits für das Justinianische, der zweite für das heutige R. nicht mehr. Vgl. Unger II § 124 [20]. Uebrigens ist das, was die genannten Stellen über den Anspruch auf Schuldbefreiung (acceptilatio) sagen, auch heutzutage in dem Sinne anwendbar, daß der Schuldner vom Erben eine förmliche Erklärung über die geschehene Befreiung verlangen kann, so wie Herausgabe der Schuldurkunde und Löschung im Grundbuch. Denn das Forderungsr. begleitet die unmittelbare Wirkung des Vermächtnisses hier, wie in jedem andern Fall (§ 647). [Zu l. 25 D. 34, 3 s. die Erl. Diss. von Dreifuß 1892. S. noch RG. XLII S. 133 fg.]

[10] Der Wille des Erblassers kann möglicherweise nicht auf Aufhebung der ganzen Obligation, sondern nur eines Theils derselben gehen, l. 7 pr. D. 34, 3 § 13 I. 2, 20. Er kann möglicherweise nicht auf vollständige Aufhebung der Obligation gehen, sondern nur auf Abschwächung derselben nach dieser oder jener Richtung hin; in diesem Falle wird der Schuldner auch nach heutigem R. gegen die Forderung des Erben durch Einrede geschützt. L. 20 pr. D. 34, 3, l. 2 pr. l. 3 § 3. l. 10 eod., l. 8 § 1. 2 eod.

[11] L. 75 § 2 *init.* D. 30 („decem quae mihi Titius debet lego"), l. 25 D. 34, 3. Zwar macht die letzte Stelle Schwierigkeit; aber das Resultat derselben kann, namentlich auch nach dem Bericht, welchen die Basiliken von ihrem Inhalt geben, nicht zweifelhaft sein. Der bezeichneten Schwierigkeit gegenüber

[Das Vermächtniß der Schuldbefreiung wirkt, wie jedes andere, im BGB. nur dahin, daß es den Beschwerten verpflichtet, den Bedachten von der Schuld zu befreien. Ist der Erblasser nicht der Gläubiger, so ist das Vermächtniß ein Vermächtniß eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes (2169 fg.), woraus denn auch folgt, daß der Vermächtnißnehmer im Zweifel nichts erhält, wenn er gar nichts schuldet (vgl. zu [11]). Dieselbe Folgerung begründet der § 2171; geht die Schuld bei Lebzeiten des Erblassers unter, so erhält der Vermächtnißnehmer ebenfalls nichts (vgl. zu [12, 12a]). Die Möglichkeit freilich, daß das Schuldbefreiungsvermächtniß eventuell als Vermächtniß des entsprechenden Betrages aufzufassen ist (vgl. [11]), besteht.]

Schuldvermächtniß.

§ 658.

Zu unterscheiden von dem Forderungsvermächtniß und dem Schuldbefreiungsvermächtniß ist das Schuldvermächtniß, d. h. das Vermächtniß dessen, was Jemand schuldig ist, an den Gläubiger[1]. Das Schuldvermächtniß ist unter keinen Umständen das Vermächtniß einer Obligation, sondern immer das Vermächtniß des verschuldeten Gegenstandes[1a]. Daher gereicht es dem Vermächtnißnehmer zum Vortheil nur so weit, als es ihm Etwas gibt, was die Forderung

---

hilft man sich jetzt gewöhnlich durch Setzung eines Fragezeichens hinter die Worte „sed poterit hoc dici . . damnas esto non petere", s. namentlich Arndts in seiner Inauguraldissertation: ad legem 25 D. de liberatione legata, Berol. 1825. Mommsen in seiner Ausgabe emendirt: quod si nihil debeat, *inutile legatum est, certe* poterit hoc dici, si ita legavit *cett.*, indem er annimmt, daß die Worte „poterit dici . . posse sed" eine hinaufgezogene Wiederholung des Folgenden („etiam illud temptari potest *cett.*") seien. Vgl. Roßhirt II S. 294 fg., Arndts RLex. VI S. 339, Vangerow II § 555 Anm. Nr. 2, O. Müller ([4]) pr. 12 sqq. — Auch in diesem Fall aber ist die Möglichkeit zuzugeben, daß der Erblasser die Hinweisung auf das Verschuldetsein nur demonstrationis causa hinzugefügt habe. Vgl. Note [4] und die Citate das.

[12] L. 7 § 4. l. 21 pr. § 1 D. 34, 3. In der Einziehung der Forderung durch den Erblasser liegt in diesem Fall ein Widerruf des Vermächtnisses. Vgl. Unger § 72 [6].

[12a] Ueber die letztwillige Anordnung, daß eine bestehende Schuld auf einen andern Schuldner übergehen solle, s. § 338 [10].

[1] S. g. legatum debiti, debitum legatum. Roßhirt II S. 300 fg, Arndts RLex. VI S. 337 fg. Ders. Oesterr. Gerichtszeitung 1858 Nr. 10—12 (Gesammelte civilistische Schriften II S. 539 fg.). Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse im r. R. (1872) S. 13 fg. Krüger (§ 657 [1]) S. 38 fg. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 165—174 (1886). Hartmann ACPra. LXX S. 169 fg. (1886). [Hanquet das legatum debiti. Berl. Diss. 1889. Centner du legs de la dot et en général de la chose due. Th. de Paris 1893.]

[1a] A. M. Brinz 2. Aufl. III § 415 [57].

ihm nicht gewährt[2]. Hat er Nichts zu fordern, so ist zu unterscheiden, ob ihm die Schuld (das Verschuldete) schlechthin, oder mit hinlänglich genauer Bezeichnung des Verschuldeten vermacht worden ist; im ersten Fall erhält er Nichts, im zweiten Fall erhält er den bezeichneten Gegenstand, trotzdem daß er ihn nicht zu fordern hat[3].

[Das BGB. hat es abgelehnt, in die hier obwaltenden Auslegungsfragen einzugreifen; vgl. Mot. V S. 151 fg.]

---

[2] L. 11. 13. 14. 25. 28 § 13 D. 34, 3, l. 28. 29 D. 30, l. 82 pr. D. 31, l. 1 § 10. l. 57. l. 81 § 1 D. 35, 2, § 14 I. 2, 20. — Ist das Schuldvermächtniß, wenn es dem Gläubiger einen Vortheil nicht gewährt, ungültig? In den citirten Stellen wird es für inutile erklärt, aber es wird auch gesagt, daß es nullum sei, daß es non constat, so daß auch jenes inutile im Sinne von Ungültigkeit ohne Zweifel verstanden werden muß. Jedoch halte ich es nicht für unzulässig, diese Aussprüche der Quellen so zu verstehen, daß in einer Verfügung, welche Befriedigung eines Gläubigers anordnet, ohne demselben Etwas zu gewähren, was er nicht schon als Gläubiger hat, im Zweifel gar nicht der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, gefunden werden dürfe. Steht daher der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, anderweitig fest, so hat der Gläubiger auf das ihm als Gläubiger Gebührende einen zweiten Anspruch aus dem Vermächtnisse. A. M. Hartmann a. a. O., indem er es für eine Verletzung des Wesens, für einen Mißbrauch der letztwilligen Anordnung erklärt, sie zur Erreichung von solchen Zwecken zu verwenden, die schon durch andere Klagemittel ebenso sehr gesichert sind. Mir scheint das zu weit zu gehen, jedenfalls nicht dem Sinne des Justinianischen R. zu entsprechen, welches sogar das legatum poenae nomine relictum für gültig erklärt (§ 633 [13]). A. M. auch Krüger S. 45, Ihering a. a. O. und Hartmann Arch. S. 176 fg. (H. lehrt aber an diesem Orte jetzt, die Ungültigkeit des Schuldvermächtnisses, welches dem Gläubiger keinen Vortheil gewähre, gelte „für unser praktisches Rleben" nicht mehr. Durch Gewohnheitsr. abgeschafft?) Wie Hartmann Dernburg III § 112 [17].

[3] L. 75 § 1 D. 30, l. 88 § 10 D. 31, l. 25 i. f. l. 28 § 14 D. 34, 3, l. 2 C. 6, 44; § 15 I. 2, 20, l. 1 § 8. l. 6 D. 33, 4, l. 40 § 4 D. 35, 1, l. 3. 5 C. 6, 44. Die Hinzufügung des Verschuldetseins, heißt es in den Stellen, sei nur demonstratio. Das ist näher so zu denken: wenn das Vermächtniß Bestand hat in dem Falle, wo die Forderung abgeschwächt ist, z. B. durch Bedingung, Befristung, Einrede (s. die Stellen der vorigen Note), so muß es auch Bestand haben, wenn die Forderung gar nicht existirt. Oder: da der Bedachte das ihm Vermachte, wenn er Gläubiger ist, ohnehin erhält, so ist als Wille des Erblassers anzusehen, daß er es auch dann erhalten solle, wenn er Gläubiger nicht ist. Nahe liegt zwar die Idee, daß das Vermächtniß aufrecht erhalten werde auf Grund der in demselben enthaltenen Anerkennung der Schuld, und diese Idee wird wirklich vertreten von Bähr Anerkennung S. 103. 104. 202 (112. 220), ebenso von Arndts in dem Aufsatz in der Oesterr. Gerichtszeitung. Aber ich finde für diese Auffassung in den Quellen keinen Anhalt. Von den Stellen, auf welche sich Bähr beruft, l. 1 § 5. l. 11. 16 D. 33, 4, bezieht sich die zweite auf ein legatum liberationis, über die beiden anderen s. Note [5]. Die (von Bähr und Arndts [S. 548] auch wirklich gezogene) Consequenz dieser Auffassung wäre, daß das Vermächtniß keinen Bestand habe, wenn das Vorhandensein der Schuld vom Erblasser irrthümlicherweise angenommen

Eine besondere Art des Schuldvermächtnisses ist das Vermächtniß der Dos an denjenigen, welcher sie zu fordern hat[4]. Wenn in diesem Fall eine Dos nicht verschuldet wird, so erhält der Vermächtnißnehmer Nichts nicht nur dann, wenn ihm im Allgemeinen die Schuld, sondern auch dann, wenn ihm ohne nähere Bestimmung die Dos vermacht worden ist[5]; wogegen er das als Dos mit hinlänglich genauer Bezeichnung Vermachte erhält, wenngleich er es als Dos nicht zu fordern hat[6].

[Kommt im BGB. nicht mehr in Betracht.]

E. Vermächtniß einer Rechtsgesammtheit.

§ 659.

Bei dem Vermächtniß einer Rechtsgesammtheit, d. h. einer als Einheit gedachten Mehrheit von Rechten und Verpflichtungen, ist die entscheidende Frage die, ob durch dieses Vermächtniß Gesammt- oder bloß Sondernachfolge begründet wird, d. h. ob die Einheit als solche auf den Vermächtnißnehmer übergeht, oder ob derselbe die einzelnen Rechte erhält, als wenn sie ihm als einzelne vermacht worden wären, mit der Verpflichtung zur Uebernahme der zu der Rechtsgesammtheit gehörigen Verpflichtungen. Das römische Recht hat diese Frage ursprünglich lediglich im Sinne der Sondernachfolge entschieden, im Laufe der Zeit aber für Einen Fall, allerdings den wichtigsten unter allen hierher gehörigen Fällen, für das Vermächtniß der Erbschaft selbst, eine Ausnahme zu Gunsten der Gesammtnachfolge gemacht. Damit aber hat dieser Fall eine so besondere Natur angenommen, daß es zweckmäßig erscheint, ihn von den übrigen Vermächtnißfällen auch in der äußeren Anordnung der Darstellung zu

---

worden ist. Gegen Bähr auch Krüger S. 49, Hartmann Arch. S. 199 fg. (der mit Unrecht mich als mit Bähr übereinstimmend bezeichnet).

[4] Dig. 33, 4 de dote praelegata. Bechman das röm. Dotalr. S. 417 fg. Czyhlarz das röm. Dotalr. S. 465 fg. Hartmann a. a. O. S. 21 fg. Krüger S. 51 fg. Jhering S. 171 fg. Der Vortheil, welchen das Dotalvermächtniß gegenüber der Dotalforderung nach Justinianischem R. gewährt, besteht lediglich in dem Wegfall der gesetzlichen Restitutionsfrist, l. 1 § 2 D. 33, 4. L. 5 D. 33, 4 ist jedenfalls nach Justinianischem R. bedeutungslos; im Uebrigen vgl. noch Bechmann S. 353, Czyhlarz S. 466 fg., Krüger S. 55 fg. [Centner ([1]), Grivaz étude sur le legs de dot. Th. de Paris 1894.] ✓

[5] L. 15 § 8 D. 37, 5, l. 1 pr. § 5. 6. 7. l. 16 D. 33, 4, § 15 I. 2, 20.

[6] L. 1 § 8. l. 6 D. 33, 4, l. 40 § 4 D. 35, 1, l. 3. 5 C. 6, 44, § 15 I. 2, 20.

trennen. Das Vermächtniß, welches zum Gegenstand eine andere Rechtsgesammtheit als die vom Erblasser hinterlassene Erbschaft hat, begründet auch nach Justinianischem und nach heutigem Recht lediglich Sondernachfolge[1]; nach heutigem Recht gilt auch die durch das römische Recht für Soldatentestamente zugelassene Ausnahme nicht mehr[2].

[Das Universalfideicommiß des Erblassers an seinem eigenen Nachlaß ersetzt das BGB. durch die Nacherbeseinsetzung. Wenn sonst der Erblasser einen Inbegriff von Gegenständen vermacht, so begründet das auch nach BGB. um so weniger Universalnachfolge, als dieses Vermächtniß (wie jedes andere) überhaupt keine dinglichen Wirkungen hat, vielmehr nur den Erben verpflichtet, die zu dem Inbegriff gehörigen Gegenstände zu übertragen. Bezieht sich das Vermächtniß auf die vom Erblasser erworbene Erbschaft eines Dritten, so gelten entsprechend §§ 2371 fg.]

Wird ein Nießbrauch an einer Rechtsgesammtheit, und speciell an der Erbschaft, vermacht[3], so erhält der Vermächtnißnehmer den Nießbrauch nur am reinen Vermögen[4]. Ist der Nießbrauch an einem Theil des Vermögens vermacht, so kann der Erbe nach seiner Wahl auch den Nießbrauch an einer dem Werth dieses Theils entsprechenden Geldsumme gewähren[5].

[Das Vermächtniß des Nießbrauchs am ganzen Vermögen verpflichtet nach BGB. den Erben, den Nießbrauch an den zum Vermögen gehörigen Gegenständen zu bestellen, mit Wahrung der Vorschriften in §§ 1085 fg., welche entsprechend bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Erbschaft gelten (1089).]

---

§ 659. [1] So namentlich das Vermächtniß eines Peculium (D. 33, 8 de peculio legato), ein Vermächtnißfall, welcher bei den Römern von großer praktischer Bedeutung war, während er heutzutage fast ohne irgend welche ist (vgl § 484 [4]). S. über diesen Fall Mandry Familiengüterr. II S. 181—196, Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 573 fg. Vermächtniß eines Handelsgeschäftes: l. 77 § 16 D. 31, Vermächtniß einer fremden an den Erben gelangten Erbschaft: l. 18 [17] § 1. l. 28 [27] § 9. 10 D. 36, 1. Vgl. § 663 [5].

[2] L. 17 [16] § 6 D. 36, 1. Reichs-Militärgesetz 2. Mai 1874 § 44 (vgl. § 537 [4a]).

[3] Vgl. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 85 fg., Hanausek die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 2 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 238 fg.

[4] L. 43 D. 33, 2, l. 69 D. 35, 2. Ueber die Auswahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Sachen vgl. die guten Bemerkungen von Bürkel S. 116 fg. Auch was der Erblasser dem Erben selbst verschuldete, kann dieser abziehen: Sf. XV. 18, II § 352 [4].

[5] L. 32 § 8 D. 33, 2, vgl. l. 26 § 2 D. 30. Gegen die Ausdehnung dieses Satzes auf den Fall, wo der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft vermacht ist (so z. B. Brinz 1. Aufl. S. 902. 2. Aufl. III S. 324), s. Bürkel S. 96 fg., Hanausek S. 4, und vgl. l. 34 § 2 D. 7, 1, l. 37 D. 33, 2.

F. Renten- und Alimentenvermächtniß.

§ 660.

1. Rentenvermächtniß[1], Vermächtniß einer terminlich wiederkehrenden Leistung; dieselbe hat zum Inhalt am Häufigsten, aber nicht nothwendig, Geben von Geld[2]. Das Eigenthümliche des Rentenvermächtnisses besteht darin, daß es nicht Ein Vermächtniß ist, sondern eine Mehrheit von Vermächtnissen, von denen ein jedes besonders anfällt[3]. Daraus folgt namentlich[4], daß das Rentenvermächtniß die Lebensdauer des Vermächtnißnehmers nicht überschreitet[5]; jedoch kann der Erblasser das Gegentheil anordnen[6], wie er umgekehrt das Rentenvermächtniß auch auf kürzere Zeit beschränken kann[7]. Von dem Rentenvermächtniß ist daher zu unterscheiden das Vermächtniß einer in Terminen auszuzahlenden Summe oder Quantität[8]. Der Anfall der einzelnen Vermächtnisse, aus welchen das Rentenvermächtniß besteht, erfolgt, wenn der Erblasser nicht das Gegentheil angeordnet hat, mit Anbruch, nicht mit Ablauf der bezeichneten Zeitperiode[9].

[1] Dig. 33, 1 de annuis legatis et fideicommissis. — Roßhirt II S. 98 fg. Arndts RLex. VI S. 390 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 41. Vgl. auch Laske in Böbiker's Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart V S. 117 fg., Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 21 fg. 30 fg. [Unterscheidung vom Nießbrauchsvermächtniß: RG. XXXVII S. 168 fg.] § 660.

[2] Der Inhalt der Leistung kann auch ein wechselnder sein. L. 11 D. 36, 2. „Nec refert, singuli aurei in annos singulos legentur, an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum".

[3] L. 10. 12 pr. D. 36, 2. „Cum in annos singulos legatur, non unum legatum esse sed plura constat, nec semel diem eius cedere, sed per singulos annos". L. 1 pr. D. 7, 3 (§ 656 [4]), l. 20 D. eod., l. 4 D. 33, 1 ([5]), l. 11 D. eod.

[4] Namentlich: s. außerdem l. 11 D. 33, 1, l. 12 § 2 D. 36, 2.

[5] L. 4 D. 33, 1. „Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium condicionale; videri enim hanc inesse condicionem 'si vivat', et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire". L. 8 eod., l. 10 D. 4, 5, l. 1 § 16 D. 35, 2.

[6] L. 25 C. 6, 37. „In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed etiam eius heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et (eorum) heredum heredibus conservari pro voluntate testatoris praecipimus". L. 65 D. 50, 16.

[7] L. 20 D. 36, 2.

[8] L. 12 § 4. l. 20. l. 26 § 2 D. 36, 2, l. 3 D. 33, 1.

[9] L. 5. 8. 22 D. 33, 1., l. 12 § 1 D. 36, 2. l. 1 C. 6, 53; l. 12 § 5 D. 36, 2.

[BGB. Wenn eine Leibrente auf Grund des Vermächtnisses geschuldet wird, so steht sie unter den allgemeinen Vorschriften der §§ 759 fg. Zu dem Satz bei [5] vgl. 759, zu dem Satz zu [9] s. 760 Abs. 3. Der Satz zu [8] hat im BGB. eine Parallele: die zeitlichen Beschränkungen eines Vermächtnisses gemäß §§ 2162. 2163 beziehen sich nicht nur darauf, daß die erste Rente innerhalb jener Schranken fällig werden muß, sondern diese Schranken gelten für jede einzelne Rente; ebenso im Falle zu [8] für jede Rate. S. dazu Kipp Prorectoratsrede 1899. S. 24 fg. [27].]

2. Eine besondere Art des Rentenvermächtnisses ist das Alimentenvermächtniß[10], das Vermächtniß des Lebensunterhaltes, d. h. des zur Fristung des Lebens Erforderlichen[11]. Hat der Erblasser über das Maß der zu gewährenden Alimente nichts bestimmt, so ist vor Allem darauf zu sehen, ob er nicht dem Bedachten oder vielleicht einem andern mit ihm in der gleichen Lage Befindlichen schon bei seinen Lebzeiten Alimente gewährt hat, dann auf die Nähe des Verhältnisses, in welchem der Erblasser zum Bedachten steht, auf den Stand desselben, auf die Größe des hinterlassenen Vermögens[12]. Hat der Erblasser über die Dauer der Alimentenleistung keine Bestimmung getroffen, so ist anzunehmen, daß die Alimente auf Lebenszeit hinterlassen sind[13]. — Für das Alimentenvermächtniß gelten kraft positiver Bestimmung eine Reihe von besonderen Sätzen. a) Es kann auch einem Unfähigen hinterlassen werden[14]. b) Ist es „bis zur Pubertät" hinterlassen, so dauert es bis zum 18. bez. 14. Jahre[15]. c) Eine allgemeine Zurücknahme berührt dasselbe nicht[16]. d) Dadurch, daß der Beschwerte Etwas durch Anwendung des Falcidischen Gesetzes verliert, wird es nicht gemindert[17]. e) S. ferner II § 414 Note 11 und III § 650 Note 8 a. E.

[Das BGB. hat sich aller besonderen Vorschriften über das Vermächtniß des Lebensunterhalts enthalten.]

---

[10] D. 34, 1 de alimentis vel cibariis legatis. Roßhirt II S. 81 fg. Arndts RLex. VI S. 332 fg.

[11] L. 6. 7. 23 D. 34, 1. L. 6 cit.: — „quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur, nisi aliud testatorem sensisse probetur". Mögliche Beschränkung auf bestimmte Lebensbedürfnisse: l. 21 D. 34, 1, Sf. III. 84.

[12] L. 22 pr. D. 34, 1, l. 14 § 2 eod., l. 14 D. 33, 1.

[13] — „constat . . alimenta cum vita finiri", l. 8 § 10 D. 2, 15. L. 14 pr. D. 34, 1, l. 26 § 2 D. 36, 2.

[14] L. 11 D. 34, 1, l. 3 pr. D. 34, 8. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 432 fg.

[15] L. 14 § 1 D. 33, 1.

[16] L. 18 § 3 D. 33, 1.

[17] S. § 650 [5]. Zu l. 77 § 1 D. 31 vgl. Hasse Rhein. Mus. III S. 388 fg.

G. Wahlvermächtniß*.

§ 661.

Der Ausdruck Wahlvermächtniß bezeichnet im Allgemeinen ein Vermächtniß, bei welchem es von einer zu treffenden Wahl abhängt, was der Vermächtnißnehmer erhält. Im Besonderen gehört hierher das Vermächtniß eines nur der Art nach bestimmten Gegenstandes, von welchem in Beziehung auf vermachte Sachen bereits § 655 die Rede gewesen ist; sodann das alternative Vermächtniß, das Vermächtniß des einen oder des andern von mehreren individuell oder generisch bestimmten Gegenständen. Sowohl bei dem generischen wie bei dem alternativen Vermächtniß steht die Wahl dem Bedachten oder dem Beschwerten zu, je nachdem das Vermächtniß eine dingliche oder eine obligatorische Berechtigung begründet[1], Willensinterpretation natürlich vorbehalten[1a]. Doch hat der Wahlberechtigte nicht immer unbedingt freie Hand; wenn aus einem bestimmten Kreise von Erbschaftssachen eine oder mehrere vermacht sind, so darf der Bedachte das Beste, und darf der Beschwerte das Schlechteste nur dann wählen, wenn ausdrücklich das Aussuchen gestattet ist[2]. Die Wahl kann gültig nicht vor Antritt der Erbschaft[3], und muß vom Bedachten binnen einer ihm auf Anfordern des Beschwerten richterlich zu stellenden Frist getroffen werden; wählt der Bedachte innerhalb dieser Frist nicht, so kann er nur dann noch wählen, wenn der Be-

---

* Dig. 33, 5 de optione vel electione legata. — Roßhirt II S. 6 fg. Arndts RLex. VI S. 333 fg. 341 fg. Vangerow II § 549. Unger § 76. Pescatore die s. g. alternative Obligation S. 92 fg. Vgl. auch de Gioannis Arch. giur. XIV p. 121 s. 331 s., und darüber Hellmann kr. VJS. XVIII S. 470 fg. S. auch den § 655 [8] citirten Aufsatz von Ascoli.

[1] Für das generische Vermächtniß s. § 655 [8. 10]. Für das alternative: l. 34 § 14 D. 30, l. 19. 23 D. 31; l. 47 § 3. l. 109 § 1 D. 30, l. 19 D. 31, vgl. l. 43 § 3 D. eod., l. 29 § 1 D. 32. § 661.

[1a] Pescatore a. a. O. ist der Meinung, daß dinglicher Erwerb mit der Wahl des Beschwerten unverträglich sei. Dagegen: a) der Vermächtnißnehmer wird Eigenthümer durch die Wahl des Beschwerten, b) will der Beschwerte nicht wählen, so klagt der Vermächtnißnehmer gegen ihn mit der ihm zustehenden actio in personam (§ 646), und in der Executionsinstanz geht die Wahl auf ihn über (§ 255 [11]).

[2] Auf diesen Fall geht der Ausdruck optio oder electio legata speciell. L. 2 pr. D. 33, 5, l. 37 pr. l. 110 D. 30. Vgl. Bernstein zur Lehre vom legatum optionis, Sav.-ZS. S. 151 fg. (Die Grundgedanken dieser Abhandlung sind aus S. 152 fg. 159. 190. 199 ersichtlich.)

[3] L. 16 D. 33, 5.

schwerte durch die Wahl (abgesehen von dem Verluste des gewählten Gegenstandes) keinen Nachtheil erleidet[4]. Die einmal getroffene Wahl ist, wenn das Vermächtniß ein dingliches Recht gibt, definitiv[5]; für den Fall, wo der Vermächtnißnehmer nur Gläubiger wird, gelten die allgemeinen Grundsätze für Obligationen[6]. Leistung in Unkenntniß des Wahlrechts nimmt dem Beschwerten das Wahlrecht nicht[7], wohl dem Bedachten Empfang in Unkenntniß der ihm zustehenden Wahlberechtigung[8]. Tod des Bedachten hebt sein Wahlrecht nicht auf; dasselbe geht auf seine Erben über[9]. Ist das alternative Vermächtniß nach der einen oder der anderen seiner Richtungen des Uebergangs auf die Erben nicht fähig[10], und der

[4] L. 6. 7. 8 pr. l. 13 § 1. l. 17 D. 33, 5. Diese Stellen, wie die in der vorigen Note genannten, beziehen sich zwar nur auf die eigentliche optio legata; doch geht man wohl nicht zu weit, wenn man sie verallgemeinert. Vgl. Bernstein S. 176 fg. — Was den Beschwerten angeht s. II § 255 [11]. Ist demselben vom Erblasser aufgegeben worden, sich in gewisser Frist zu entscheiden, so ist das im Zweifel so zu verstehen, daß bei Nichtentscheidung innerhalb dieser Frist das Wahlr. auf den Bedachten übergehen soll, l. 11 § 1 D. 31.

[5] Mit der Wahl hat der Vermächtnißnehmer, was er haben soll; das Vermächtniß ist erfüllt. L. 20 D. 33, 5. „Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est 'vestimenta quae volet triclinaria sumito sibique habeto', si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere". L. 5 pr. D. 30.

[6] S. II § 255.

[7] L. 32 § 3 D. 12, 6. Diese Stelle handelt zwar nur von der Leistung des obligatorisch Verpflichteten, aber von der Leistung des dinglich Verpflichteten muß das Gleiche gelten. Er hat den Empfänger zum Eigenthümer gemacht in der irrigen Voraussetzung, daß derselbe es bereits sei (vgl. I § 171, 2). — L. 19 i. f. D. 31 erklärt sich aus der Eigenthümlichkeit des Damnationslegats, Gai. II, 283, Ulp. XXIV, 33, § 7 I. 3, 27. Unger § 76 [7]; anders Vangerow § 549 a. E., Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen S. 61, Pescatore a. a. O. S. 168 fg.

[8] L. 19 D. 31. „Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet . .". Das Gleiche muß gelten für den Fall obligatorischer Berechtigung; das r. R. gestattet dem Vermächtnißnehmer nicht, geltend zu machen, daß er kraft einer irrigen Voraussetzung aus der zu seinen Gunsten getroffenen Vermächtnißverfügung nicht herausgezogen habe, was er aus derselben hätte herausziehen können.

[9] Anders war es nach vorjustinianischem R. bei dem Vermächtniß des Aussuchens; dasselbe wurde von einem persönlichen Aussuchen des Vermächtnißnehmers verstanden. Dieß hat Justinian aufgehoben, § 23 I. 2, 20, l. 3 pr. C. 6, 43.

[10] Es ist in einer seiner Richtungen bedingt, oder hat ein an die Person gebundenes R. zum Gegenstand.

Bedachte hat die Wahl, so verwandelt es sich in der Hand des Erben in ein einfaches Vermächtniß; hat der Beschwerte die Wahl, so braucht derselbe nun nichts zu leisten[11]. Zwischen mehreren Wahlberechtigten, die sich nicht vereinigen können, entscheidet das Loos[12]. Soll die Wahl durch einen Dritten getroffen werden, und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so geht das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer selbst über[13].

[Das BGB. erkennt die Möglichkeit des alternativen Vermächtnisses an (2154 Abs. 1 S. 1).

1. Auf dasselbe finden zunächst Anwendung die Sätze vom alternativen Schuldverhältniß überhaupt (262 fg.). Somit hat im Zweifel der Beschwerte die Wahl (vgl. zu [1, 1a]); dieselbe kann aber auch dem Bedachten eingeräumt werden. Ueber Beides geben §§ 262 bis 264 den nöthigen Anhalt. Dagegen nimmt das Recht der Schuldverhältnisse keine Rücksicht auf die Möglichkeit der Wahl durch Dritte (vgl. jedoch 319), hier also waren besondere Vorschriften nöthig. Hat der Erblasser einem Dritten die Wahl übertragen, so erfolgt dieselbe durch unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Beschwerten (2154 Abs. 1 S. 2). Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, oder versäumt er eine hierzu vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Betheiligten gesetzte Frist, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über (2154 Abs. 2, vgl. anders zu [13]). Den zu Note [2] bemerkten Schranken unterliegt das Wahlrecht nicht.

2. Nicht nur bei Wahl durch den Beschwerten oder den Bedachten (262 Abs. 2), sondern analog auch bei Wahl durch einen Dritten gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. Somit kommen dieselben Sätze zur Anwendung, als wäre die gewählte Leistung vom Erblasser allein vermacht, was in Bezug auf Zubehör, Früchte, Verwendungen, Sach- und Rechtsmängel zu wesentlich anderen Ergebnissen führt, als bei Bestimmung der Leistung auf Grund generischen Vermächtnisses.

---

[11] Die Quellen (l. 14 § 1. l. 16 pr. l. 25 pr. D. 36, 2, vgl. l. 21 D. 33, 2) gewähren hier übrigens kein reines Resultat, und so sind die Ansichten verschieden. Vgl. Arndts RLex. VI S. 343, Vangerow § ~~550~~ a. E. 549 Unger § 76 [1]. Arndts Pand. § 579 [4]. Pescatore a. a. O. S. 104 fg. Vgl. Sf. XXXVII. 47. Pescatore a. a. O. bringt die Verschiedenheit der Behandlung, je nachdem der Beschwerte oder der Bedachte die Wahl hat, in Verbindung mit seiner Idee, daß bei Wahlr. des Bedachten immer eine Mehrheit des Rechts stattfinde (vgl. § 255 [5 a. E.]). Der Grund scheint mir ein viel einfacherer zu sein: durch den Tod des Bedachten soll die Lage des Belasteten nicht erschwert werden.

[12] So schrieb Justinian für den Fall der eigentlichen optio legata vor, mit dem Hinzufügen, daß derjenige, für welchen das Loos entscheide, seine Genossen in Geld zu entschädigen habe. L. 3 pr. C. 6, 43, § 23 I. 2, 20. Die Uebertragung der Justinianischen Bestimmung auf andere Fälle des Wahlvermächtnisses unterliegt wohl keinem Anstand.

[13] Auch diese Vorschrift hat Justinian unmittelbar nur für den Fall der eigentlichen optio legata gegeben, l. 3 § 1 C. 6, 43, mit dem Hinzufügen, daß in diesem Fall der Vermächtnißnehmer nicht das Beste wählen dürfe.

3. Ist die eine der alternativ vermachten Leistungen bedingt vermacht, die andere unbedingt, und stirbt der Vermächtnißnehmer (vgl. 2074), so wird es dem Willen des Erblassers entsprechen, daß der Erbe die unbedingt vermachte Leistung auch dann erhält, wenn der Beschwerte die Wahl hatte (vgl. zu [11]). Jedenfalls führt § 265 zu diesem Ergebniß, wenn durch den Tod des Bedachten die eine Leistung unmöglich wird.

4. Sind mehrere wahlberechtigte Vermächtnißnehmer vorhanden, so kann die Absicht des Erblassers sein, daß das Vermächtniß theilbar sein soll in dem Sinne, daß jeder Vermächtnißnehmer seinen Theil an der einen oder der anderen Leistung soll wählen können. Im Zweifel aber wird das Vermächtniß als untheilbar anzusehen sein. In diesem Falle entscheidet § 432, demzufolge nur für Alle gemeinschaftlich dasselbe geleistet werden und für Alle dasselbe gefordert werden kann. Die Wahl müssen Alle gemeinschaftlich treffen, weil sie eine Verfügung über die gemeinschaftliche Forderung darstellt (747). Können sie sich nicht einigen, so kann nur, wenn der Erblasser nichts Anderes bestimmt hat, der Beschwerte die Sache abschneiden, indem er sie mit der Wahl (sämmtlich) [vgl. 432 Abs. 2] in Verzug setzt und dann nach § 264 Abs. 2 sich selbst das Wahlrecht verschafft.

5. Sind mehrere wahlberechtigte Beschwerte vorhanden, so müssen sie sich ebenfalls über die Wahl einigen, wenn nicht die Absicht des Erblassers ist, daß jeder in Ansehung einer Theilleistung wählen kann. Waltet diese Absicht nicht ob, so wird eine untheilbare Leistung geschuldet und die Beschwerten sind Gesammtschuldner, auch wenn sie nicht Erben sind (431). Der Gläubiger kann dann auch durch Vorgehen bis zur Zwangsvollstreckung gegen jeden unter ihnen sich diesem gegenüber das Wahlrecht nach Maßgabe von § 264 Abs. 1 verschaffen.]

III. Das Erbschaftsvermächtniß (Universalfideicommiß)*.

Einleitung.

§ 662.

Der hauptsächliche Grund, aus welchem es sich empfiehlt, die Darstellung des Erbschaftsvermächtnisses von der Darstellung der übrigen Vermächtnißarten zu trennen, ist bereits bezeichnet worden (§ 659). Das Erbschaftsvermächtniß vergibt nicht eine Summe von Einzelheiten, sondern die Erbschaft als solche, und rückt damit in seiner Wirkung ganz nahe an die Erbeseinsetzung hinan. Hierzu

* Inst. 2, 23 de fideicommissariis hereditatibus. Dig. 36, 1 Cod. 6, 49 ad senatus consultum Trebellianum. — Roßhirt I S. 120 fg. Heimbach RLex. IV S. 286 fg. (1843). [Euler das Universalfideicommiß des gemeinen R. als Mittel zur Aufrechterhaltung von letztwilligen Bestimmungen, die von Anfang an ungültig sind und die Nacherbfolge des BGB. f. d. d. R. in ihrer Bedeutung für die Verwirklichung letztwilliger Bestimmungen. Erl. Diss. 1898. Fideicommiß der Herausgabe der in Aussicht stehenden Erbschaft eines Dritten: Sf. LI. 37.]

kommt als ein Zweites, daß das Erbschaftsvermächtniß in seinem Bestande unabhängig ist von dem Erwerbwillen des Beschwerten, was in diesem Maße von keinem andern Vermächtnisse gilt. — Beide Eigenthümlichkeiten des Erbschaftsvermächtnisses gehören übrigens nicht dem ursprünglichen römischen Rechte an, sondern sind, und zwar im Zusammenhang mit der Fideicommißlehre, erst in der Kaiserzeit ausgebildet worden[1]. Auf diesem Zusammenhang mit der Fideicommißlehre beruht auch die heutzutage gewöhnlich für das Erbschaftsvermächtniß gebrauchte Bezeichnung Universalfideicommiß.

[Vom Standpunkte des BGB. aus ist hier vor der Nacherbeseinsetzung (2100 fg.) zu handeln. S. nach § 668.]

---

[1] Für das fideicommissum hereditatis wurde die erste der bezeichneten Eigenthümlichkeiten eingeführt durch das SC. Trebellianum (l. 1 § 1. 2 D. 36, 1, unter Nero), die zweite durch das SC. Pegasianum (unter Vespasian). Das SC. Pegasianum nahm aber zugleich die Anordnung des Trebellianum für den Fall zurück, daß das fideicommissum hereditatis auf Mehr als ³/₄ der Erbschaft gehe. Dieß hat Justinian aufgehoben, und dabei zugleich bestimmt, daß die andere aufrecht erhaltene Bestimmung des Pegasianum als in dem Trebellianum enthalten angesehen werden solle, so daß in der Compilation der Name des Pegasianum nicht vorkommt. Gai. II, 247 sqq., Ulp. XXV, 14 sqq. § 3 sqq. I. 2, 23, Const. *Tanta* § 6. Das legatum hereditatis blieb auch nach diesen Gesetzen dem gewöhnlichen R. der Vermächtnisse unterworfen. Justinian aber hat durch l. 2 C. 6, 43 den Unterschied zwischen legatum und fideicommissum für das Erbschaftsvermächtniß nicht weniger beseitigt, als für die Singularvermächtnisse, und das Erbschaftsvermächtniß als solches unter das günstigere Fideicommißr. gestellt. Zwar ist dieß nicht allgemein anerkannt (dawider namentlich Roßhirt I S. 133 fg.); aber es wird schon dadurch bewiesen, daß in den Institutionen allein von dem fideicommissum hereditatis, und zwar in einem besonderen Titel, die Rede ist, während des legatum hereditatis nur im Präteritum gedacht wird (§ 5 I. 2, 23). S. auch l. 3 § 2. 3 C. 6, 43. Daß in den Pandekten nicht jede Erwähnung des legatum hereditatis getilgt ist (l. 39 pr. D. 28, 6, l. 15. 23. 26 § 2. l. 27. 104 § 7 D. 30, l. 8 § 5. l. 9 D. 31, l. 23 [22] § 5 D. 36, 1), enthält keinen Gegenbeweis; den Namen zu vermeiden, war kein Grund vorhanden, und soweit jene Stellen mit dem Fideicommißrecht nicht vereinbar sind (l. 26 § 2. l. 27 D. 30, l. 8 § 5. l. 9 D. 31), liegt in der Aufnahme derselben kein größeres Versehen, als die Compilatoren an vielen anderen Stellen begangen haben; möglich auch, daß diese Stellen aufgenommen worden sind, um Anwendung zu finden in solchen Fällen, wo der Erblasser durch unzweideutige Willenserklärung an den Tag gelegt habe, daß er ein Erbschaftsvermächtniß im Sinne des alten legatum hereditatis angeordnet haben wolle. Denn daß dieß nach Justinianischem Re zulässig geblieben ist, und im heutigen Re zulässig ist, darf freilich nicht bezweifelt werden (vgl. l. 17 [16] pr — § 4 D. 36, 1). Vgl. über die verschiedenen Ansichten v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 90. 94 fg., Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IX S. 268 fg., Arndts RLex. VI S. 322 fg., Mayer Legate § 12. 13 a. E., Vangerow II § 556 Anm., Unger § 20 ⁶ § 54 ⁴, Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 245, Brinz § 662.

A. Errichtung des Erbschaftsvermächtnisses.

§ 663.

Für die Errichtung des Erbschaftsvermächtnisses und die Erfordernisse ihrer Gültigkeit gelten keine anderen Grundsätze, als bei den Vermächtnissen überhaupt. Namentlich ist auch bei dem Erbschaftsvermächtniß eine ausdrückliche Erklärung des Vermächtnißwillens nicht erforderlich[1]. Auferlegt werden kann das Erbschaftsvermächtniß sowohl dem Intestat- als dem Testaments- und Vertragserben[2], aber auch dem Erbschaftsvermächtnißnehmer selbst, d. h. auch das dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auferlegte Vermächtniß, die Erbschaft weiter zu geben, steht unter den eigenthümlichen Grundsätzen des Erbschaftsvermächtnisses[3]. Den Gegenstand des Erbschaftsvermächtnisses kann die ganze Erbschaft bilden oder ein Bruchtheil derselben, auch eine vom Erblasser erworbene, also in seiner Erbschaft enthaltene Erbschaft eines Dritten[4]. Wird aber eine Erbschaft vermacht, welche nicht Erbschaft des Verfügenden ist, so treten die eigenthümlichen Grundsätze des Erbschaftsvermächtnisses nicht ein[5].

---

2. Aufl. III S. 439 [18], Dernburg III § 119 [6]. Ueber die Geschichte des Erbschaftsvermächtnisses überhaupt s. Mayer a. a. O. § 10—13.

§ 663. [1] Vgl. § 633 [10]. So liegt in dem Gebot an den Erben, eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen, die Anordnung eines Erbschaftsvermächtnisses zu Gunsten dieser Person, in dem Verbot, ein Testament zu errichten, die Anordnung eines Erbschaftsvermächtnisses zu Gunsten der Intestaterben des Erben. L. 18 [17] pr. § 2 D. 36, 1, l. 114 § 6 D. 30, l. 70 § 2 D. 31; l. 76 [74] pr. D. 36, 1, vgl. l. 77 § 24 D. 31. S. ferner l. 69 pr. D. 31, l. 30 [29] pr. D. 36, 1, § 3 I. 2, 17, l. 92. 93 D. 35, 1, und vgl. § 552 [5 fg.], § 553 [6 fg.], § 554 [19], § 561 [3]. S. auch Hasse Rhein. Mus. III S. 509 fg. und vgl. E. A. Seuffert in dem Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch § 640 [4].

[2] L. 1 § 5. l. 6 § 1 D. 36, 1, l. 3 C. 6, 49, § 10 I. 2, 23. Der mit einem fideicommissum hereditatis beschwerte Erbe heißt in den Quellen heres fiduciarius, und auch heutzutage spricht man gewöhnlich von einem Fiduciar.

[3] L. 1 § 8. l. 57 [55] § 2 D. 36, 1.

[4] L. 17 [16] § 5 D. 36, 1. Nach der scharfsinnigen Vermuthung Th. Mommsen's ruht die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung auf der Interpolation der Redactoren, und danach erklärt sich der Widerspruch gegen § 6 eod. (zu lesen im Anfang sed statt sed et). Andere (H. A. Heise de aliena hereditate restituenda [Goett. 1816] § 42 i. f., Hasse Rhein. Mus. III S. 540 fg., Vangerow § 558 Anm. Nr. I, Sintenis § 219 [6]) nehmen an, das „quamvis placeat" in § 6 cit. sei nur hypothetisch gemeint. Dernburg III § 119 [5].

[5] L. 28 [27] § 8—10 D. 36, 1.

B. Anfall und Erwerb.

§ 664.

Das Erbschaftsvermächtniß fällt an, wie das Singularvermächtniß, mit dem Tode des Erblassers bez. mit der Erfüllung der Bedingung, unter welcher es hinterlassen ist; es wird, wie das Singularvermächtniß, erworben mit dem Antritt der Erbschaft bez. mit dem Herankommen des gesetzten Termins[1]. Insofern aber gilt für das Erbschaftsvermächtniß Besonderes, als der beschwerte Erbe durch den Vermächtnißnehmer zum Antritt der Erbschaft genöthigt werden kann[2]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß nicht mit dem Antritt der Erbschaft unersetzliche Opfer für den Erben verbunden seien[3]; ersetzliche Opfer muß der Erbschaftsvermächtnißnehmer ihm abnehmen[4]. Anfall des Erbschaftsvermächtnisses ist Voraussetzung dieses Zwangsrechtes nicht[5], und so steht es auch bei Bedingtheit des Erbschaftsvermächtnisses zu, jedoch nur dann, wenn der beschwerte Erbe der alleinige

---

[1] L. 26 [25] pr. l. 48 [46] D. 36, 1, l. 21 C. 6, 42. § 664.

[2] Nach der Vorschrift des SC. Pegasianum (§ 662 [1]). Gai. II, 258, Ulp. XXV, 16, § 6. 7 I. 2, 23, l. 4 D. 36, 1. Vgl. l. 17 D. 29, 4. „Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii; nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sint, non magis tributum est, quam legatariis". Selbst die Ausschlagung der Erbschaft kann durch dieses Zwangsr. wieder rückgängig gemacht werden, l. 14 § 1. 2 D. 36, 1.

[3] L. 7 D. 36, 1. — „Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim si morbo adplicitus Alexandriae iussus fuit adire, vel nomen vispellionis testatoris ferre"? L. 65 [63] § 7 D. 36, 1. „Si sub condicione heres institutus sit . . si . . turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia". Ist dagegen die Bedingung von der Art, daß ihre Erfüllung „neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet . . nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire". L. 32 [31] § 2 D. 36, 1. Abweichend Brinz 2. Aufl. III S. 444 [38]. — In l. 65 [63] § 7 D. 36, 1 ist statt „sed et remitti eam ab initio visum est" entweder zu lesen „nec remitti" (Vangerow II § 558 Anm. 1 Nr. I. 3), oder mit Th. Mommsen in seiner Ausgabe „sed et remitti eam *a praetore iniquum* visum est".

[4] Nicht etwa bloß ersetzen. So muß namentlich, wenn mit der Antretung ein Geldaufwand verbunden ist, der Vermächtnißnehmer „offerre pecuniam". L. 7. l. 32 [31] § 2. l. 65 [63] § 8 D. 36, 1. S. ferner l. 11 pr. l. 28 [27] § 15 D. 36, 1 (dem Erben ist für den Fall des Nichterbewerbens ein Vermächtniß gegeben).

[5] L. 11 § 2 D. 36, 1.

Erbe ist[6]. Realisirt wird dieses Zwangsrecht nöthigenfalls durch Klage, wobei das zu erlassende Urtheil, wenn es rechtskräftig geworden ist, die Antretung ersetzt[7]. Im Fall des Todes des Erben vor der Antretung wird die Antretung ohne Weiteres als geschehen angenommen[8]. Verweigert ein Erbschaftsvermächtnißnehmer, der mit einem Erbschaftsvermächtniß beschwert ist, die Annahme des ihm hinterlassenen Vermächtnisses, so kann sich der zweite Vermächtnißnehmer direct an den Erben halten, und so denselben auch zur Antretung nöthigen[9].

C. Recht des erworbenen Erbschaftsvermächtnisses.

1. Vor der Herausgabe.

§ 665.

Das erworbene Erbschaftsvermächtniß gibt dem Vermächtnißnehmer nicht die Erbschaft, sondern nur einen Anspruch auf die Erbschaft; die Erbschaft selbst erhält er erst durch ihre Herausgabe (§ 666)[1]. Bis zur Herausgabe ist der beschwerte Erbe Erbe nicht

---

[6] L. 44 [43] pr. l. 32 [31] pr. D. 36, 1, l. 12 eod.

[7] Die Quellen äußern sich über diesen Punkt nicht; aber s. CPO. § 779 [894] und vgl. I § 173 [5]· § 214 [2]· § 221 [5]. Wenn Andere auch das richterliche Urtheil für überflüssig halten (Roßhirt I S. 161, Seuffert Pand. § 645 [4], vgl. Arndts § 587 [1], Sintenis III § 219 zu [20]), so sehe ich für diese Meinung keinen Anhalt. Denn der im Text sogleich folgende Satz kündigt sich deutlich als Ausnahmebestimmung an, und l. 7 § 1 C. 6, 49 setzt Antretung voraus. S. auch Ubbelohde ACPra. LXI S. 76.

[8] L. 13 § 4. l. 14 D. 29, 1, vgl. l. 7 § 1 C. 6, 49. Anders, wenn der Beschwerte vor dem Erblasser gestorben ist, und dieser seinen Tod gekannt hat, l. 14 cit.

[9] L. 57 [55] § 2 i. f. D. 36, 1.

§ 665. [1] Das Erbschaftsvermächtniß hat auch nach neuestem R. nicht dingliche, sondern obligatorische Wirkung. Hätte Justinian ihm durch l. 1 C. 6, 43 dingliche Wirkung beilegen wollen, so hätte er nicht, wie er gethan hat, das ganze R. der Restitution in seine Compilation aufnehmen können. Vgl. Sf. VII. 337, XII. 50, XIV. 103. (In dem unter den beiden letzten Nummern mitgetheilten Urtheil ist ausgesprochen, daß dem Erbschaftsvermächtnißnehmer nicht das remedium ex l. ult. C. de ed. D. Hadriani tollendo zustehe). Ebensowenig darf behauptet werden, daß das Erbschaftvermächtniß wenigstens an den einzelnen Erbschaftssachen dingliches R. gebe, ja noch weniger, da nicht zugleich die Erbschaftssachen und die Erbschaft als Einheit den Gegenstand des Vermächtnisses bilden können. Dieß wird auch bestätigt durch die in Nov. 108 c. 2 enthaltene Ausnahme ([13]). A. M. Mayer Legate § 12 [6. 7]; aber s. E. A. Seuffert das Veräußerungsverbot bei Universal- und Singularvermächtnissen S. 40 fg. (Der von diesem Schriftsteller für die entgegengesetzte Meinung angeführte v. Löhr Magaz. für RW. u. Gesetzgeb. IV S. 90 fg. nimmt zwar an, daß l. 1

nur dem Namen nach, sondern auch in der Wirklichkeit. Daher verliert er, was er vom Erblasser zu fordern hatte, durch Confusion[2], wie er umgekehrt von den Schulden, welche er gegen den Erblasser hatte, durch Confusion frei wird[3], und ebenso gehen die Rechte an fremder Sache, welche zwischen ihm und dem Erblasser bestanden, durch Confusion unter[4]. Aber durch die Herausgabe der Erbschaft leben die untergegangenen Rechtsverhältnisse wieder auf[4a]. Der Beschwerte kann ferner die Erbschaftsforderungen einziehen, und haftet für die Erbschaftsschulden[5]. Er erwirbt die Erbschaftsfrüchte, und behält sie sogar, wenn nicht allgemeine Gründe oder die Anordnung des Erblassers eine Verpflichtung zur Herausgabe begründen[6].

C. cit. sich auch auf Erbschaftsvermächtnisse beziehe, nicht aber, daß sie dem Erbschaftsvermächtniß dingliche Wirkung beilege, s. das. S. 88 fg. 93.) A. M. auch Brinz 2. Aufl. III S. 442.

[2] L. 61 [59] pr. L 82 [80] D. 36, 1. Das Gleiche gilt, wenn er einen Erbschaftsschuldner beerbt, l. 60 [58] pr. D. 36, 1.

[3] L. 28 [27] § 11 D. 36, 1. Ebenso bei Beerbung eines Erbschaftsgläubigers, arg. l. 60 [58] pr. cit.

[4] L. 75 [73] § 1 D. 36, 1. Auch hier muß das Gleiche gelten, wenn die Confusion zwischen ihm als Erben und einem Dritten eintritt.

[4a] L. 75 [73] § 1 D. 36, 1. „Cum ex Trebelliano SC° restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent". Vgl. l. 57 pr. D. 7, 1. Eine gleiche Anerkennung des unmittelbaren Wiederauflebens enthalten die Quellen für die obligatorischen Rverhältnisse nicht; vielmehr bezeichnen dieselben als den zutreffenden Weg der Abhülfe, daß die Verpflichtung des Erben aus dem Vermächtniß sich um den Betrag des durch Confusion Verlorenen oder Erworbenen mindere oder steigere. S. die in Note [2] und [3] citirten Stellen. Was l. 60 [58] pr. D. 36, 1 angeht, so möchte man zwar geneigt sein, den Grund ihrer Entscheidung darin zu sehen, daß sie nicht von dem Fall handelt, wo der Erbe Gläubiger des Erblassers war, sondern von dem Fall, wo er hinterher einen Erbschaftsschuldner beerbt hat; aber warum soll für beide Fälle verschiedenes R. gelten? Wenn durch die Herausgabe der Erbschaft die Veränderungen nicht ohne Weiteres rückgängig werden, welche die Erbschaft in der Person des Erben durch eine später eingetretene Vereinigung eines Erbschaftsr. mit der entsprechenden Pflicht erlitten hat, warum sollen diejenigen rückgängig werden, welche ihren Grund in einer anfänglichen Vereinigung solcher Art haben? Und durchaus entscheidend ist l. 61 [59] pr. D. 36, 1. Es liegt also hier eine unvollendete Entwickelung des r. R. vor. Angesichts der l. 75 [73] § 1 cit. zweifele ich aber nicht, daß wir befugt sind, den Schritt zu thun, welchen die Quellen ablehnen. Und vgl. auch I § 249 [6 zu b], ferner l. 87 § 1 D. 29, 2. Vgl. noch Friedmann die Wirkungen der confusio nach r. R. (Greifswalder Inaug.-Diss. 1884) S. 8. 57 fg.

[5] L. 28 [27] § 7 D. 36, 1, l. 104 D. 46, 3. — Vgl. noch l. 72 [70] § 1 D. 36, 1.

[6] S. § 647 [13. 14. 15]. Anders die vor dem Erbschaftsantritt erfallenen Früchte. Vgl. überhaupt Hoffmann ZS. f. CR. u. Pr. N. F. I S. 85 fg. (1845), Brinz 1. Aufl. S. 907 fg.

Von der anderen Seite ist der Beschwerte, wenngleich wirklicher Erbe, doch eben mit der Verpflichtung zur Herausgabe der Erbschaft beschwert. Daher muß er die Erbschaft bis zur Herausgabe unangetastet aufbewahren. Wegen Nachlässigkeit haftet er nach den allgemeinen Regeln[7]. Veräußerungen von Erbschaftssachen sind nichtig[8], ausgenommen: wenn sie durch die Regeln einer guten Wirthschaft geboten sind[9]; zum Zwecke der Bestellung einer Dos oder Eheschenkung an den Ehegatten bei Mangel sonstigen Vermögens[10]; wenn Veräußerer und Erwerber in gutem Glauben sind[11]. Der Erblasser kann dem Beschwerten aber auch gestatten, die Erbschaft bis zu einem gewissen Betrage anzugreifen. Geht die Auflage dahin, daß der Beschwerte herausgeben solle, was bei seinem Tode von der Erbschaft noch vorhanden sein werde, so kann der Beschwerte drei Viertel der Erbschaft angreifen[11a], und auch das letzte Viertel zum Loskauf von Gefangenen verwenden, oder für sich im Fall der Noth, und namentlich auch zur Bestellung einer Dos oder Eheschenkung,

---

[7] S. § 647 [7]. L. 23 [22] § 3 D. 36, 1. setzt Herausgabe der ganzen Erbschaft voraus. Mommsen Beiträge III S. 393 [5]. Andere (Sintenis III § 219 [15], Arndts § 583 zu [e]) leiten aus dieser Stelle den Satz her, daß der Erbe bei theilweiser Restitution nur für diligentia quam suis haftet. Aber die Beschränktheit der Restitution wird in der Stelle jedenfalls nicht hervorgehoben, und die Worte „non rebus suis consueta neglegentia" enthalten nur eine Ausführung des Begriffes der lata culpa. Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 230 fg. S. § 647 [7].

[8] L. 3 § 2—4 C. 6, 43. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 52 fg. 64 fg. Gilt das Veräußerungsverbot auch für Forderungen? Der Gesetzgeber hat kaum an diesen Fall gedacht; aber es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß die Ausdehnung seinem Sinne gemäß ist. So auch Sintenis III § 213 [15]; a. M. Seuffert S. 71 fg., Dernburg III § 120 [6]. [Remuneratorische Schenkung: Sf. LI. 272.]

[9] L. 23 [22] § 3 D. 36, 1. Seuffert S. 126 fg.

[10] Nov. 39 c. 1 (Auth. *Res quae subiacent* C. 6, 43), l. 23 [22] § 4 D. 36, 1. Marezoll Mag. für RW. u. Gesetzg. IV S. 223 fg., Seuffert S. 119 fg.

[11] L. 89 § 7 D. 31. Seuffert S. 80 fg. — Daß die Veräußerung auch dann gültig ist, wenn der Erblasser sie erlaubt hat, oder der Vermächtnißnehmer ihr zustimmt, versteht sich von selbst. Vgl. l. 11 C. 6, 42. Seuffert S. 121 fg. Ebenso versteht es sich von selbst, daß das Veräußerungsverbot der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger kein Hinderniß in den Weg legen kann. Vgl. l. 114 § 14 D. 30, l. 38 pr. D. 32. Seuffert S. 96. Eine wirkliche Ausnahme liegt aber noch in der zu Note [13] bezeichneten Bestimmung über das fideicommissum eius quod superfuturum est.

[[11a]. Sf. XLVII 125.]] [Drei Viertel angreifbar ohne jede Rechenschaft.]

wenn er kein anderes Vermögen hat[12]. Greift er das letzte Viertel ohne Berechtigung an, so kann der Vermächtnißnehmer von ihm Ersatz verlangen, im Fall seiner Insolvenz das Veräußerte auch von dem dritten Besitzer abfordern[13]. Die Cautionspflicht des Beschwerten steht unter den allgemeinen Grundsätzen (§ 648 Ziff. 2)[14, 14a].

2. Die Herausgabe.

§ 666.

Die Herausgabe der Erbschaft besteht in der Willenserklärung, daß der Vermächtnißnehmer die Erbschaft haben solle[1]. Diese Willenserklärung kann von der Einräumung des Besitzes begleitet oder durch dieselbe ausgedrückt sein; aber wesentlich ist für die Herausgabe die Einräumung des Besitzes nicht[2]. — Den Gegenstand der Herausgabe bildet die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie ist, oder sein würde, wenn der Beschwerte seinen Verpflichtungen in Betreff derselben genügt hätte. Was der Beschwerte aus dem Vermögen des Erblassers nicht als Erbe hat, bildet den Gegenstand der Herausgabe

[12] Nov. 108. Aelteres R.: l. 56 [54]. 60 [58] § 8 D. 36, 1, l. 25 § 16 D. 5, 3, l. 70 § 3. l. 71 D. 31. Seuffert S. 115 fg. Sf. II. 74. 209, III. 82, V. 208, VIII. 73. 74, XI. 260, XXXIV. 137, XXXVIII. 326. [v. Hammerstein-Gesmold das Fideicommiß auf den Ueberrest. Gött. Diss. 1896. Rudolph das Fideicommiß des Ueberrestes nach gem. u. nach preuß. Re. Erl. Diss. 1897.]

[13] Nov. 108. c. 2.

[14] Vgl. Sf. II. 74, V. 208; XVII. 74. Verpflichtung zur Inventarisirung: Sf. V. 208, XXI. 63.

[14a] Sf. XLIV. 34: in der vom Erblasser getroffenen Gestattung letztwilliger Verfügungen liegt nicht die Gestattung von Verfügungen unter Lebenden.

[1] Nach l. 26 § 2. l. 27 D. 30 kann der mit einem legatum hereditatis Beschwerte, wenn dieses legatum nur auf einen Theil der Erbschaft geht, sich nach seiner Wahl auch mit dem Geldwerth des zu Leistenden lösen, und es findet sich die Behauptung (v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 93, Mayer § 13 lit. b), daß dieß nach Justinianischem und heutigem R. für das Erbschaftsvermächtniß überhaupt gelte. Diese Behauptung kann nicht gebilligt werden. Die genannte Stelle ist von den Compilatoren entweder aus Versehen aufgenommen worden, oder in dem Sinn, daß sie Anwendung finden soll, wenn der Erblasser unzweideutig an den Tag gelegt hat, daß er nicht die Erbschaft als Erbschaft (als Einheit) vermacht haben wolle. Vgl. § 662 [1], und Arndts RLex. VI S. 323, Unger § 20 [6]. § 666.

[2] L. 38 [37] pr. D. 36, 1. Vgl. l. 38 [37] § 2 — l. 40 [39]. l. 41 [40] § 2. l. 42 [41]. 43 [42] pr. l. 68 [66] § 1 D. 36, 1. [Manifestationspflicht des Fiduciars: RG. XXXVI S. 192 fg. Fideicommißklage auf thatsächliche Restitution und Manifestation: Sf. L. 185.]

nicht[3], so das Familienbegräbniß[4], ein ihm gegebenes Vermächtniß[5], oder was ihm zur Erfüllung der Bedingung einer andern letztwilligen Zuwendung geleistet worden ist[6]. Darf der Beschwerte nach Anordnung des Erblassers Etwas aus der Erbschaft zurückbehalten, so ist dieß zu denken als ein dem Erbschaftsvermächtnißnehmer zu seinen Gunsten auferlegtes Singularvermächtniß[7]. Uebersteigt das Erbschaftsvermächtniß drei Viertel der Erbschaft, so kann der Erbe gemäß des Falcidischen Gesetzes die Quart abziehen; hierfür, und namentlich in Betreff der Frage, was in die Quart eingerechnet werden muß, gelten die gleichen Grundsätze, wie bei Singularvermächtnissen[8].

[3] Vgl. außer den im Folgenden citirten Stellen noch l. 61 [59] § 1 D. 36, 1.

[4] L. 43 [42] § 1 D. 36, 1.

[5] Vorvermächtnisse hat der Bedachte bis zum Belange seines Erbtheils als Erbschaft; daher müssen sie bis zu diesem Belange mit herausgegeben werden. L. 19 [18] § 3 D. 36, 1. Doch ist es eine Auslegungsfrage, ob der Erblasser nicht gewollt hat, daß sie ganz sollen zurückbehalten werden dürfen, oder umgekehrt, daß sie ganz mit herausgegeben werden sollen. L. 3 § 4 D. 36, 1, l. 16 C. 6, 42; l. 86 D. 35, 2. Vgl. übrigens Vangerow II § 523 Anm. Nr. I. A. 2, Kretschmar Prälegat S. 219 fg. [Pampaloni per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini (1892) p. 453 s.] — Ueber die Frage, ob auch der anwachsende Erbtheil mit herausgegeben werden muß, s. § 603 [11].

[6] L. 44 § 4 D. 35, 1.

[7] S. § 652 [17].

[8] Daß für die Berechnung der Falcidischen Quart bei dem Erbschaftsvermächtniß (der gewöhnlich gebrauchte Ausdruck: Trebellianische Quart ist ohne Anhalt in den Quellen des r. R., obgleich die des canonischen ihn gebrauchen, s. z. B. c. 18 X. 3, 26) die gleichen Grundsätze gelten, wie für die Berechnung der Falcidischen Quart bei Singularvermächtnissen, darf jetzt wohl als die herrschende Meinung bezeichnet werden. Dafür die Lehrbücher von Seuffert III § 643, Arndts § 684, Sintenis § 215 [24], Brinz 1. Aufl. S. 927 fg. und, in sehr ausführlicher Darstellung, Vangerow II § 536 Anm.; ferner Roßhirt I S. 186 fg., Bering S. 796 fg., v. Lindelof ACPra. IV S. 436 fg. (1821), v. d. Pfordten de praelegatis p. 85 sqq. (1882), v. Buchholtz Prälegate S. 500 fg. (1850), Jacoby ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XVI S. 58 fg. (1859), Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. VI S. 349 fg. (1863), Dernburg ACPra. XLVII S. 307 fg. (1864), Brandt in der § 652 [12] a. E. citirten Schrift S. 84 fg. (1879). Die entgegengesetzte Meinung, nach welcher der mit einem Erbschaftsvermächtniß Beschwerte sich in seine Quart auch dasjenige soll einrechnen müssen, was er durch Zuwendung des Erblassers nicht als Erbe hat, nannte Höpfner Institut. § 641 [1] die in der Praxis angenommene; sie findet sich mit mehr oder minder weit gehenden Beschränkungen noch in den Lehrbüchern von Thibaut § 929, Puchta § 546, Göschen III § 1069, Keller § 590. Fernere Literaturnachweise bei Vangerow a. O. Diese entgegengesetzte Meinung hat eine nicht unscheinbare Stütze in l. 91 D. 35, 2; man bemerke aber in Betreff dieser Stelle Folgendes. a) Die Worte: „sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi . . in quartam

— Herausgabe vor dem Anfall ist nicht Erfüllung des Erbschaftsvermächtnisses[8a]; ob sie eine sonstige rechtliche Wirkung hat, hängt davon ab, ob der Herausgebende eine solche gültig gewollt hat[8b].

Ausnahmsweise wird von der wirklichen Vornahme der Herausgabe abgesehen und dieselbe ohne Weiteres als geschehen angenommen:

---

id ei imputabitur" beziehen sich in Zusammenhalt mit dem sogleich Folgenden: „pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id est quod a coherede accipitur" auf ein Vorvermächtniß, und die Stelle will daher nur sagen, daß der Erbe sich in seine Quart denjenigen Theil des Vorvermächtnisses einrechnen müsse, welchen er als Erbe behält (§ 652 [19]). Nun sehen allerdings die Worte: „pro ea vero parte . . accipitur" einem Glossem so ähnlich, wie ein Ei dem andern, und wenn man sie als Glossem behandelt, ist die bezeichnete Erklärung ohne Anhalt. Dafür bietet sich dann folgende andere dar. In der oben gelassenen Lücke stehen die Worte: „sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est". Es ist oben (§ 652 [16–18]) gezeigt worden, daß einerseits die Einrechnung eines solchen Vorbehalts oder Abzugs in die Quart durchaus allgemeinen Grundsätzen gemäß ist, daß aber andererseits derselbe in Wirklichkeit ein dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auferlegtes Vermächtniß ist. Ist aber dieß der Fall, so kann es auch keinen Unterschied machen, daß der Erblasser die Anordnung desselben als Vermächtniß ausdrückt. b) Die Worte: „Sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum est" sind wirkliches Glossem; sie sind durch ihren Inhalt verdächtig (fideicommissum quod implendae condicionis causa datur! man müßte jedenfalls emendiren: a fideicommissario), sie stehen in directem Widerspruch mit l. 30 § 7 D. 35, 2, sie fehlen in den Basiliken, und sind in der Florentina erst von der zweiten Hand beigeschrieben. Als Glossem behandelt diese Worte jetzt auch Th. Mommsen in seiner Ausgabe. In anderer Weise suchen zu helfen Neuner heredis institutio ex re certa S. 111 in der Note, Dernburg a. a. O. S. 316 fg.; dagegen Vangerow a. a. O. Nr. III a. E. — Auch die Früchte werden in die s. g. Trebellianische Quart eingerechnet, im Allgemeinen nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§ 652 [20]), und nur mit der § 652 [21] bezeichneten positiven Ausnahme. Vangerow a. a. O. Nr. IV.

[8a] L. 10 D. 36, 1. „Sed si ante . . condicionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones . .". Consequenzen daraus: l. 114 § 11 D. 30, l. 41 § 12 D. 32, l. 48 § 1 D. 49, 14, vgl. auch l. 77 § 10 D. 31. In l. 10 cit. wird aber auch von der Herausgabe „ante diem" gesagt, daß „non transferuntur actiones." Vgl. darüber I § 96 [5 a. E.]. — Die oben hinter l. 10 D. 36, 1 citirten Stellen handeln von einem fideicommissum bonorum post mortem (vgl. I § 96a [7]). Dieser Fall ist in der jüngsten Zeit in gründlicher und lichtvoller Weise erörtert worden von F. Serafini in einem Gutachten, gedruckt Pisa 1888 u. d. T. „Ellis-Caetani contra Caetani." Vgl. Schneider kr. VJS. XXX S. 64 fg.

[8b] Im Besonderen, ob er hat schenken wollen, und ob die Schenkung gültig ist. L. 12 C. 6, 42. Diese Stelle macht aber insofern Schwierigkeit, als sie dem Erben die vorzeitige Restitution auch „retenta quarta parte" gestattet, also Abzug der Quart statt Deckung derselben durch den Fruchtgenuß der Zwischenzeit (§ 652 [20]). Man muß annehmen, daß dieser Punkt in dem den Kaisern zur Entscheidung vorgelegten Fall nicht streitig war. Serafini a. a. O. will durch Auslegung des Vermächtnißwillens helfen.

bei unbeerbtem Tode des Erben[9]; wenn der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistigerweise entzieht[9]; wenn der Beschwerte selbst Erbschaftsvermächtnißnehmer ist[9]; wenn das Erbschaftsvermächtniß dadurch ausgedrückt ist, daß einer von mehreren eingesetzten Erben auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist[10].

3. Nach der Herausgabe.

a. Bei freiwilligem Erbschaftsantritt.

§ 667.

Nach der Herausgabe ist der wirkliche Erbe der Vermächtnißnehmer, der Beschwerte ist es nur noch dem Namen nach[1]. Die Erbschaftsrechte stehen jetzt dem Vermächtnißnehmer zu, nicht mehr dem Beschwerten; ebenso trägt er, nicht jener, die Erbschaftsverpflichtungen[2]. In gleicher Weise kann er, nicht der Beschwerte, die Erbschaft als Ganzes verfolgen[3]. Wenn ihm nur ein Theil der Erbschaft heraus-

---

[9] L. 7 § 1 C. 6, 49. Vgl. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 52 fg. Dieser Schriftsteller verlangt im zweiten der bezeichneten Fälle ein Contumacialerkenntniß und beschränkt den dritten auf bedingte und befristete Erbschaftsvermächtnisse (Bedingtheit und Befristetheit des zweiten Erbschaftsvermächtnisses). Die eine und die andere Meinung findet in dem Ausdruck der Stelle keinen Anhalt; die zweite hängt mit einer andern Ansicht dieses Schriftstellers zusammen, gegen welche ich mich § 648 [19] zw. Absatz erklärt habe. S. aber auch Brinz 2. Aufl. III S. 443 [25].

[10] L. 13 C. 6, 24. Vgl. § 553 [11].

§ 667. [1] Oder römisch ausgedrückt: er ist zwar Erbe noch für das ius, aber die actiones der Erbschaft werden nicht mehr ihm und gegen ihn gegeben. So hatte das SC. Trebellianum bestimmt. L. 1 § 2 D. 36, 1: — „placet, ut actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sicuti rogati essent restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset“. Gai. II, 253 (§ 4 I. 2, 23): — „post quod senatus consultum . . praetor . . utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur“. Vgl. noch l. 1 § 19 D. 36, 3: — „si nomen quidem heredis apud eos integrum maneat, verumtamen effectu minus habeant hereditatis . .“. Dieser Gegensatz zwischen dem Re an und für sich und seiner Verwirklichung im Gericht ist bereits für das Justinianische R. nur noch historische Reminiscenz und ohne alle reelle Bedeutung; um so mehr für das heutige R. Es verhält sich hier in gleicher Weise, wie beim Forderungsübergang (II § 329). [Sf. L. 185.]

[2] Aber nach römischer Vorstellung hat der Vermächtnißnehmer die Erbschaftssachen nur in bonis und die Erbschaftsklagen nur als utiles, und der Beschwerte bedarf, wenn er belangt wird, der Einrückung einer exceptio in die Formel. S. l. 65 [63] pr. l. 28 [27] § 7 D. 36, 1 und die Stellen der vorigen Note.

[3] Dig. 5, 6 de fideicommissaria hereditatis petitione.

gegeben worden ist, so treten zwischen ihm und dem Beschwerten bez. dem Mitvermächtnißnehmer die Rechtsverhältnisse der Miterbschaft ein[4]. Nicht minder gilt der Erbschaftsvermächtnißnehmer als Erbe für die auf die Erbschaft gelegten Vermächtnisse[5]; er trägt sie zu demjenigen Bruchtheil, zu welchem ihm die Erbschaft herausgegeben worden ist[6], und daher ganz, wenn ihm die Erbschaft ganz herausgegeben worden ist[7]. Und zwar trägt er sie, ohne die Falcidische Quart abziehen zu

[4] L. 28 [27] § 11 D. 36, 1.

[5] S. über diesen Punkt namentlich Vangerow II § 559. Ferner: Roßhirt Verm. I S. 179 fg. 217 fg. und in seiner Zeitschrift IV S. 214 fg. Stemann Elvers Themis N. F. I S. 278 fg. Puchta Vorles. zu § 557.

[6] L. 2 C. 6, 49. „Ad eum, cui ex Trebelliano SC° pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est". L. 1 § 20 D. 36, 1, l. 1 § 19. l. 15 § 1 D. 36, 3. — Auch in dem Fall, wo dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auf Grund des Falcidischen Gesetzes ein geringerer Theil der Erbschaft herausgegeben wird, als ihm vermacht ist, trägt er die Vermächtnisse nur zu dem ihm herausgegebenen Theil. Man kann in diesem Fall die Rechnung auch so stellen: gemäß des Willens des Erblassers trägt der Erbschaftsvermächtnißnehmer an und für sich die Vermächtnisse zu demjenigen Theil, zu welchem ihm die Erbschaft vermacht ist; da er aber durch die Anwendung des Falcidischen Gesetzes seinerseits einen Abzug erleidet, so bringt er diesen Abzug den auf ihn angewiesenen Vermächtnissen der Regel gemäß (§ 650 [5]) in verhältnißmäßige Anrechnung. Das Resultat ist das gleiche. Noch anders rechnete in diesem Fall das vorjustinianische R. Da nämlich der Erbschaftsvermächtnißnehmer in diesem Fall in der Stellung eines Singularvermächtnißnehmers blieb (§ 662 [1]), so nahm er an den Singularvermächtnissen gar keinen Antheil, der Wille des Erblassers wurde aber dadurch zur Geltung gebracht, daß bei der Berechnung des Betrags des Erbschaftsvermächtnisses die Singularvermächtnisse im Verhältniß der vermachten Erbschaftsquote in Abzug gebracht wurden. In dieser Weise rechnet l. 2 D. 36, 1. Das Resultat ist auch bei dieser Art der Berechnung das gleiche. (Erbschaft 400; dieselbe ist dem A vermacht; dem B ist ein Singularvermächtniß von 300 gegeben. I. Aelteres R. Dem B sind 300 vermacht, dem A 400—300 =100; der Erbe zieht also dem B 75 ab, dem A 25. Resultat: Erbe 100, A 75, B 225. II. Neueres R. Der Erbe gibt dem A $^3/_4$ der Erbschaft heraus, und behält $^1/_4$; A trägt $^3/_4$ des Singularvermächtnisses = 225 und behält 75; das Viertel des Singularvermächtnisses, welches auf den Erben fällt, zahlt dieser wegen des Falcidischen Gesetzes nicht aus. Resultat also: Erbe 100, A 75, B 225. Oder: A trägt das Singularvermächtniß nach dem Willen des Erblassers ganz, da er aber $^1/_4$ der Erbschaft verliert, zieht er $^1/_4$ von demselben ab. Resultat also auch hier: Erbe 100, A 75, B 225.) Vgl. auch E. A. Seuffert im Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch § 644 [6].

[7] Der Erbe hat die Falcidische Quart nicht abziehen wollen, oder ausnahmsweise nicht abziehen können (§ 651), oder er ist für seine Quart durch Vorwegnahmen entschädigt worden (§ 652 [16-18]). In dem letzten Fall braucht aber der Erbschaftsvermächtnißnehmer die Vermächtnisse nicht über denjenigen Betrag

können, da er, wenn auch die Erbschaft, doch immerhin als Vermächtnißnehmer hat[8]. Ist dem Erbschaftsvermächtnißnehmer die Erbschaft deßwegen ganz herausgegeben worden, weil der Erbe für seine Quart durch Vorwegnahmen entschädigt worden ist, so können die Vermächtnißnehmer, wenn das, was von der Erbschaft an den Erbschaftsvermächtnißnehmer gelangt ist, zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, auf den Erben zurückgreifen, so weit seine Vorwegnahmen die Quart übersteigen[9]. Uebrigens steht es dem Erblasser frei, über die Vertheilung der Singularvermächtnisse zwischen dem Erben und dem Erbschaftsvermächtnißnehmer abweichende Bestimmungen zu treffen[10].

b. **Bei erzwungenem Erbschaftsantritt.**

§ 668.

Bei erzwungenem Erbschaftsantritt gilt das Besondere, daß der Erbe von dem erzwungenen Antritt keinen Nachtheil und keinen Vortheil haben soll[1]. Ist daher nach dem Antritt Niemand vorhanden, welchem herausgegeben werden kann, so dürfen sich die Gläubiger nicht an den Erben halten, sondern es wird ihnen die Erbschaft als erblose überantwortet[2]. Weigert sich der Zwingende, die Erbschaft

---

hinaus zu entrichten, welchen er von der Erbschaft wirklich in die Hand bekommen hat (§ 634, 3). L. 8 C. 6, 49. L. 1 § 17. 19. 21 D. 36, 1.

[8] S. § 650 [4]. Dagegen zieht der Erbe von dem auf ihn fallenden Theil die Quart allerdings ab. Die Meinung, daß er dieses R. nicht habe, ist ebenso unbegründet, wie die andere, daß der Abzug, welchen er macht, von den Erbschaftsvermächtnißnehmern den Singularvermächtnißnehmern ersetzt werden müsse. Eine mittlere Meinung bei Mejer in der 4. Ausgabe von Schweppe's röm. Privatr. V § 940. Gegen diese Meinungen s. Vangerow a. a. O. Nr. 3.

[9] L. 1 § 17 D. 36, 1.

[10] Hat der Erblasser verfügt, daß allein der Erbe die Singularvermächtnisse tragen solle, so wird im Falle der Verletzung der Falcidischen Quart das Abzuziehende auf das Erbschaftsvermächtniß und die Singularvermächtnisse verhältnißmäßig vertheilt. Von diesem Fall handelt l. 3 pr. D. 36, 1, welche aber gemäß des SC. Pegasianum den Erbschaftsvermächtnißnehmer als Singularvermächtnißnehmer denkt (§ 662 [1]). — Keine abweichende Bestimmung liegt in der Anordnung, daß die Erbschaft (die ganze Erbschaft) herausgegeben werden solle mit Abzug der Singularvermächtnisse, oder daß der Ueberschuß der Erbschaft herausgegeben werden solle. Das Resultat dieser Anordnung ist, daß der Erbschaftsvermächtnißnehmer die Singularvermächtnisse allein trägt, wie er sie nach dem Willen des Erblassers auch ohne diese Anordnung allein getragen haben würde (*). Von dieser Anordnung ist die Rede in l. 3 § 2. l. 17 [16] § 3. l. 58 [51] D. 36, 1.

§ 668. [1] § 7 i. f. I. 2, 23: — „nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente“. L. 4. l. 28 [27] § 2 D. 36, 1. Vgl. auch § 664 [2. 4].

[2] L. 11 § 2 D. 2, 23. L. 1 § 6 D. 42, 6.

zu nehmen, so wird er rechtlich behandelt, als hätte er genommen[3]. Geht das Erbschaftsvermächtniß nur auf einen Theil der Erbschaft, so muß der Zwingende die ganze Erbschaft nehmen, kann aber auch umgekehrt Herausgabe der ganzen Erbschaft verlangen[4]. In gleicher Weise kann der Zwingende Herausgabe der an den Erben gefallenen Pupillarerbschaft verlangen, wenn die Pupillarsubstitution einzig durch den gezwungenen Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangt ist[5]. Ferner erhält der Erbe nicht ein dem Zwingenden zu seinen Gunsten auferlegtes Vermächtniß[6], und kann seinerseits demselben nicht die Falcidische Quart abziehen[7]. Dagegen behält er, was er zum Zweck der Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung erhalten hat[8], ferner die inzwischen gezogenen Erbschaftsfrüchte[9].

Die Stellung des Erbschaftsvermächtnißnehmers bei erzwungenem Erbschaftsantritt hat das Besondere, daß er nun die Falcidische Quart abziehen kann, welche der Erbe hätte abziehen können[10].

[1. Der Nacherbe des BGB. wird in der Weise eingesetzt, daß er Erbe werden soll, nachdem ein Anderer es gewesen ist (2100). Der Nacherbe erhält die Erbschaft nicht, wie bei dem Universalfideicommiß, durch eine Restitutionserklärung des Vorerben, sondern sie fällt ihm von selbst an mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge (2139). Ueber das Verhältniß der Nacherbeseinsetzung zur Ersatzerbeseinsetzung s. 2102, über die Aufrechterhaltung der Erbeseinsetzung noch nicht existirender Personen als Nacherbeseinsetzung s. 2101, über aufschiebend bedingte oder befristete Einsetzung als Nacherbeseinsetzung, auflösend bedingte oder

---

[3] L. 46 [44] pr. l. 69 [67] pr. D. 36, 1.

[4] L. 1 § 9. l. 17 [16] § 4. 5. 8. 9. l. 29 [28] pr. § 1 D. 36, 1, l. 28 [27] § 14. l. 55 § 3 i. f. D. 36, 1.

[5] D. h. wenn er allein eingesetzt ist. L. 28 [27] § 2 D. 36, 1. Auch wenn er nicht allein zum Erben eingesetzt ist, muß er die Pupillarerbschaft dann herausgeben, wenn die Pupillarsubstitution nicht auf seine Person lautet, sondern auf denjenigen, „welcher mein Erbe wird“. L. 28 [27] § 2 cit., l. 55 § 3 i. f. D. 36, 1.

[6] L. 57 [55] § 3 D. 36, 1.

[7] L. 4. l. 16 [15] § 4. l. 57 [55] § 3 i. f. D. 36, 1. Aber auch nur dem Zwingenden kann er die Quart nicht abziehen, l. 17 [16] § 9 D. 36, 1.

[8] L. 44 § 4. 5 D. 35, 1. — „et benignius est, in hoc casu nihil ei auferri“.

[9] L. 28 [27] § 1 D. 36, 1, vgl. l. 65 [63] § 4 eod. Denn er hat sie gezogen „neglegentia petentis, non iudicio defuncti“, l. 23 [22] § 2 D. 36, 1. Das gilt auch von dem Fall, wo der Erblasser bestimmt hat, daß der Erbe die Erbschaft erst nach einer gewissen Frist herauszugeben brauche; der Erbe würde diesen Vortheil verloren haben, wenn der Erbschaftsvermächtnißnehmer sich sofort gemeldet hätte. S. aber auch Brinz 2. Aufl. III S. 446 [49].

[10] Also immer noch nicht von den ihm selbst auferlegten Vermächtnissen. L. 57 [55] § 2. l. 65]63] § 11 D. 36, 1.

befristete als Vorerbeseinsetzung s. 2105. 2104; dazu ob. S. 260. 263. Wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses die Erbschaft einem Andern herausgeben soll, so ist anzunehmen, daß der Andere als Nacherbe eingesetzt ist (2103). Die Möglichkeit aber, daß nach dem Willen des Erblassers nur eine Verbindlichkeit zur Herausgabe gemäß §§ 2371 fg. oder etwas Aehnliches eintreten sollte (ohne Universalsuccession), ist anzuerkennen (Mot. V S. 83 fg., vgl. ob. S. 568). Der Fall der Nacherbfolge tritt, wenn der Erblasser nichts Anderes bestimmt hat, mit dem Tode des Vorerben ein (2106 Abs. 1); nur wenn die Einsetzung eines noch nicht Erzeugten oder einer noch nicht entstandenen juristischen Person als Nacherbeseinsetzung aufrecht erhalten wird, tritt der Anfall mit der Geburt des Nacherben oder der Entstehung der juristischen Person ein (2106 Abs. 2). Bestimmt der Erblasser einem Abkömmlinge, der zur Zeit der Verfügung keine Nachkommen hat oder von dem der Erblasser annimmt, daß er keine habe, einen Nacherben, so gilt die Einsetzung im Zweifel nur für den Fall, daß der Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt (2107; vgl. ob. § 635 [8]). Die Nacherbeseinsetzung erstreckt sich (entgegen § 603 zu [13. 14]) im Zweifel auch auf einen Erbtheil, der dem Vorerben in Folge des Wegfalls eines Miterben (durch Anwachsung, oder nach § 1935, oder auf Grund einer Ersatzerbeseinsetzung) anfällt; nicht aber erhält der Nacherbe ein Vorausvermächtniß des Vorerben (2110 Abs. 2), auch nicht (entgegen § 666 [5]), soweit es den Vorerben selbst beschwert (2150). Im Uebrigen steht die Nacherbeseinsetzung, da sie eine Erbeseinsetzung ist, unter den für diese geltenden Vorschriften, und der Nacherbe in seiner ganzen Stellung unter allen Vorschriften vom Erben. Es können auch mehrere Nacherbeseinsetzungen hinter einander stehen (vgl. 2109 Abs. 1 Ziff. 2).

2. Die Nacherbeseinsetzung ist *nach ihrem Wesen eine befristete Verfügung; sie kann aber auch unter eine aufschiebende Bedingung gestellt werden*. Dann muß im Zweifel der Nacherbe den Eintritt der Bedingung erleben (2074); ist aber die Nacherbeseinsetzung unbedingt, so wird im Zweifel die Anwartschaft des Nacherben schon mit dem Eintritt des Erbfalls vererblich (2108 Abs. 2). Andererseits muß der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls (nicht des Erbfalls) mindestens schon concipirt sein (2108 Abs. 1. 1923). Gelangt er erst nach dem Erbfall zur Existenz, so ist seine Anwartschaft sofort vererblich, auch wenn der Anfall der Nacherbschaft noch befristet ist (2108 Abs. 2). S. noch 2141. 1963; dazu ob. § 618.

3. Die Möglichkeit des Anfalls der Erbschaft an den Nacherben ist *zeitlich* ebenso *beschränkt*, wie die des Fälligwerdens eines Vermächtnisses (2109 vgl. ob. S. 599).

4. *Annahme und Ausschlagung* durch den Nacherben beurtheilt sich ebenso, wie bei jedem andern Erben; nur kann der Nacherbe schon ausschlagen, (nicht auch annehmen), wenn nur der Erbfall eingetreten ist (2142 Abs. 1). Dieß ist zweckmäßig, weil durch die Ausschlagung der Vorerbe von den Beschränkungen befreit wird, die die Existenz eines Nacherben zur Folge hat. Schlägt der Nacherbe aus, so behält die Erbschaft der Vorerbe, soweit nicht der Erblasser etwas Anderes bestimmt (2142 Abs. 2), d. h. einen Ersatznacherben berufen hat. Sind aber Mehrere zusammen als Nacherben berufen, so muß, wenn einer unter ihnen ausschlägt, zunächst das Anwachsungsrecht der übrigen in Wirksamkeit treten (2094).

5. Bis zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge ist der Vorerbe der Herr des Nachlasses, aber beschränkt und gebunden durch das Anwartschaftsrecht des Nacherben. Zu der Erbschaft, auf welche sich die Anwartschaft des Nacherben bezieht, gehört auch Alles, was nach Maßgabe von § 2111 an Stelle von Erbschaftsgegenständen tritt. In Bezug auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb ist das Surrogationsprincip hier nicht, wie im Miterbenverhältniß (2041), beschränkt auf den Erwerb durch Rechtsgeschäfte, die sich auf den Nachlaß beziehen, sondern, wie im Verhältniß von Erben und Erbschaftsbesitzer (2019), ausgedehnt auf Alles, was mit Mitteln der Erbschaft erworben wird. Die Schutzvorschrift für gutgläubige Schuldner ist hier die gleiche, wie in jenen beiden Fällen (2041. 2019 Abs. 2). Nicht anwendbar ist das Surrogationsprincip natürlich auf denjenigen Erwerb, der dem Vorerben als Nutzung gebührt. Dagegen gehört zur Erbschaft auch, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt (2111 Abs. 2). Dieß kann aber nur unter Vorbehalt der Verwendungsansprüche des Erben und wohl auch des ius tollendi gemäß § 2124 fg. gelten. S. unt. 7. Der Vorerbe haftet bei seiner Verwaltung nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (2131, s. auch 2132). Der Vorerbe kann im Allgemeinen über Nachlaßgegenstände verfügen (2112). Hiervon bestimmen aber §§ 2113—2115 gewisse Ausnahmen. Gewisse andere Beschränkungen treten nicht von selbst ein; der Vorerbe muß sich ihnen aber auf Verlangen des Nacherben unterwerfen (2116—2118). Wenn die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses, insbesondere die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten eine Verfügung erfordert, die der Vorerbe allein mit Wirkung gegen den Nacherben nicht vornehmen kann, so ist der Letztere verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verfügung zu ertheilen (2120). § 2119 verordnet eine Verpflichtung, keine Beschränkung des Vorerben. Besondere Sicherungsvorschriften s. 2121—2123. 2127—2129.

6. Die Nutzungen zieht der Vorerbe in der Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge als Herr des Nachlasses. § 2111 behält sie ihm ausdrücklich vor. Ueber die zeitliche Vertheilung entscheidet § 101. Zieht der Vorerbe Früchte den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider, oder zieht er Früchte deßhalb im Uebermaß, weil dieß in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist, so wird er zwar Eigenthümer, der Werth gebührt ihm aber nur soweit, als durch den ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden, und nicht der Werth der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist. Wenn ihm danach der Werth der Früchte nicht gebührt, so hat er bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge denselben an den Nacherben zu zahlen, er wäre denn zur Wiederherstellung der Sache verwandt worden. Vorbehalten bleibt, trotzdem das nicht (wie im § 1039) gesagt wird, der Anspruch des Nacherben auf Schadensersatz wegen Verletzung der diligentia quam suis.

7. Kosten und Lasten. Der Vorerbe trägt, wie er die Früchte zieht, auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten (2124 Abs. 1). Außergewöhnliche Erhaltungskosten, die der Vorerbe den Umständen nach für erforderlich halten darf, darf er aus der Erbschaft bestreiten; bestreitet er sie aus eigenem Vermögen, so ist der Nacherbe nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge zum Ersatz verpflichtet

(2124 Abs. 2). In Bezug auf Verwendungen, die nicht zu den Erhaltungskosten gehören, kommen die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung (2125). Der Vorerbe ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, wegzunehmen (2125 Abs. 2); dieß kann aber dann nicht gelten, wenn die Wegnahme ordnungsmäßiger Verwaltung widersprechen würde (vgl. 2130); in diesem Falle ist der Vorerbe auf den Verwendungsanspruch beschränkt. Inventarstücke, die der Vorerbe dem Inventar eines Grundstücks hinzugefügt hat, und welche nach § 2111 Abs. 2 zu Erbschaftsgegenständen werden, wird der Vorerbe nicht bezahlt erhalten, wenn die Anschaffung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört, anderen Falls wird er Verwendungsansprüche nach § 2124 Abs. 2 oder § 2125 haben; die Inventarstücke wegnehmen wird er nur dann dürfen, wenn die Wegnahme nicht ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht.

Der Vorerbe trägt für die Dauer seines Rechts (vgl. 103) die Lasten der Erbschaft mit Ausnahme derjenigen außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwerth von Erbschaftsgegenständen gelegt anzusehen sind. Die letzteren Lasten werden behandelt wie außergewöhnliche Erhaltungskosten (2126).

8. Tritt die Nacherbfolge ein, so ist der Vorerbe verpflichtet, die Erbschaft dem Nacherben auszuantworten, aber nicht, im römischen Sinne eine Restitutionserklärung abzugeben. Die in Folge von Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse leben vom Eintritt der Nacherbfolge an wieder auf (2143). Die Herausgabe der Erbschaft hat so zu geschehen, wie sich der Zustand der Erbschaft bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergiebt (2130 S. 1). Damit ist gesagt, daß der Vorerbe für laufende Kosten, die er aufgewandt hat, keinen Ersatz bekommt, auch wenn dieselben erst nach der Zeit der Vorerbschaft Früchte tragen. Jedoch findet bei einem landwirthschaftlichen Grundstück § 592, bei einem Landgute § 593 entsprechende Anwendung (2130 Abs. 1 S. 2). Die Kostenerstattung aus § 592 findet aber nur dann statt, wenn das Recht des Vorerben innerhalb eines Erbjahres endigt; also dann nicht, wenn z. B. der Vorerbe auf zehn Jahre eingesetzt war, wohl aber dann, wenn er auf Lebenszeit eingesetzt war und nicht zufällig am gleichen Tage wie der Erblasser stirbt. Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand (im Gegensatz zu Früchten) für sich verwandt, so schuldet er Wertherſatz, vorbehaltlich des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens (Verletzung der diligentia quam suis [2134]). Auf Verlangen hat der Vorerbe Rechenschaft abzulegen (2130 Abs. 2), also auch Offenbarungseid gemäß § 259 zu leisten (vgl. auch 2127).

Wenn der Vorerbe ein erbschaftliches Grundstück vermiethet oder verpachtet hat und das Verhältniß beim Ende des Rechts des Vorerben noch besteht, so tritt der Nacherbe in dasselbe so ein, wie nach §§ 571 fg. der Erwerber im Falle der Veräußerung des Grundstücks. Er kann aber das Verhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen; die Kündigung muß nicht auf den ersten zulässigen Termin erfolgen, aber der Miether oder Pächter kann dem Nacherben eine angemessene Frist zur Erklärung bestimmen; nach deren fruchtlosem Ablauf ist die Kündigung ausgeschlossen (2135. 1056). Sind bewegliche Sachen vermiethet oder verpachtet, so wird der Nacherbe ohne Kündigungsrecht die volle Zeit aushalten müssen; denn über bewegliche Sachen kann der Vorerbe mit

Wirkung gegen den Nacherben sogar dinglich verfügen. Zum Nachlaß gehört der Anspruch aus der Vermiethung (2111), aber nur so, wie er erworben ist. In den vorigen Sätzen handelt es sich um Nachwirkungen von Handlungen, die der Vorerbe in der Zeit seines Rechtes vorgenommen hat. Er kann aber auch nach dem Ende seines Rechts mit der gleichen Wirkung, wie vorher, handeln, bis er von dem Eintritt der Nacherbfolge (z. B. im Falle des § 2106 Abs. 2 von der Geburt des Nacherben) Kenntniß erlangt oder ihn kennen muß. Jedoch kann ein Dritter, mit dem er verhandelt, sich hierauf nicht berufen, wenn er selbst weiß oder wissen muß, daß die Nacherbfolge eingetreten ist (2140, vgl. 169).

9. Befreiungen des Vorerben. Der Erblasser kann den Vorerben befreien von allen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen, ausgenommen: den Satz, daß der Vorerbe Schenkungen aus der Erbschaft nur dann vornehmen kann, wenn sie einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht entsprechen (2113 Abs. 2), daß Zwangsvollstreckung, Arrest und Verfügungen des Concursverwalters über Nachlaßgegenstände wegen Schulden des Vorerben dem Nacherben gegenüber unwirksam sind (2115), ausgenommen ferner die Verpflichtung zur Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses (2121) und die Verpflichtung, zu dulden, daß der Nacherbe den Zustand der Nachlaßsachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen läßt (2122). Daß der Erblasser den Vorerben nicht von der Haftung für Handlungen befreien kann, die in der Absicht geschehen, den Nacherben zu benachtheiligen, folgt aus dem Grundgedanken des § 276 und wird bestätigt durch § 2138 Abs. 2. — Sämmtliche mögliche Befreiungen gelten als angeordnet, wenn der Erblasser den Nacherben auf dasjenige einsetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, und im Zweifel auch, wenn bestimmt ist, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll (2137). In diesen Fällen hat der Vorerbe nur das zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge noch Vorhandene herauszugeben und Schadensersatz zu leisten, wenn er der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider etwas verschenkt, oder die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachtheiligen, vermindert hat. Andererseits erhält er keinen Ersatz für Verwendungen auf Gegenstände, die er in Folge dieser Beschränkung seiner Haftung nicht herauszugeben hat (2138).

10. Die Haftung des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten folgt im Allgemeinen den gleichen Grundsätzen, wie die Erbenhaftung überhaupt, jedoch mit folgenden Maßgaben (2144): An Stelle des Nachlasses tritt dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß seiner Ansprüche gegen den Vorerben als solchen. Das Inventar des Vorerben kommt dem Nacherben zu statten. Wird der Nacherbe unbeschränkt haftbar, so kann er dem Vorerben als Nachlaßgläubiger gegenüber, sowohl in Bezug auf dessen Verwendungsansprüche, wie, wenn Forderungen des Vorerben gegen den Erblasser nach § 2143 wieder aufgelebt sind, sich dennoch auf die Beschränkung der Haftung berufen, weil der Vorerbe selbst inventarisiren konnte.

Der Vorerbe fährt nach Eintritt der Nacherbfolge fort den Gläubigern zu haften: im Allgemeinen nur, soweit der Nacherbe nicht haftet. Er haftet also für die ihm und nicht zugleich dem Nacherben auferlegten Vermächtnisse; er haftet für sämmtliche Schulden insoweit, als dasjenige nicht reicht, womit der Nacherbe haftet. Ferner aber haftet er den Gläubigern für diejenigen Verbindlichkeiten,

welche im Verhältniß zwischen Vor- und Nacherben dem Vorerben zur Last fallen, z. B. Zinsen aus der Zeit der Vorerbschaft. In jedem Falle kann er, wenn er nicht unbeschränkt haftbar geworden war, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger, denen er überhaupt haftet, nach §§ 1990. 1991 vornehmen mit demjenigen, was ihm von der Erbschaft zu verbleiben hat; denn man kann und will nicht Nachlaßconcurs oder -Verwaltung mit Bezug auf diese Dinge anordnen. Mit Rücksicht auf das Interesse, welches die Gläubiger an der Kenntniß von dem Wechsel des Erben haben, ist dem Vorerben die Pflicht der unverzüglichen Anzeige an das Nachlaßgericht auferlegt. Der Nacherbe ist nicht zur Anzeige verpflichtet, seine Anzeige ersetzt aber die des Vorerben. Die Verletzung der Anzeigepflicht durch den Vorerben belastet diesen mit persönlicher Schadensersatzpflicht (2146).

Auflage im BGB.

1. Das BGB. behandelt die Auflage (vgl. ob. § 556. § 636, unt. § 678, 2) im Anschlusse an die Vermächtnisse als eine vermächtnißähnliche Verfügung, unterschieden vom Vermächtnisse dadurch, daß bei der Auflage Niemand vorhanden ist, der das zu Leistende für sich fordern kann (1940), sondern daß nur eine Leistung für einen bestimmten Zweck zu machen ist. Die Auflage untersteht der Analogie des Vermächtnisses: in Bezug auf die Personen, die beschwert werden können und auf die Frage, wer im Zweifel als beschwert gilt (2192. 2147. 2148 vgl. ob. S. 551. 552), sowie in Bezug auf den Satz, daß, wenn der zunächst Beschwerte wegfällt, der an seine Stelle Tretende die Auflage zu entrichten hat (2192. 2161), in Bezug auf das Princip, daß der Erblasser eine Verfügung von Todeswegen von fremdem Willen unabhängig hinstellen muß (2192. 2065), aber auch in Bezug auf die Ausnahmen von diesem Princip in Ansehung des zu leistenden Gegenstandes (2192. 2154—2156). Während bei dem Vermächtniß der Erblasser dem Beschwerten oder einem Dritten die Auswahl der Person des Vermächtnißnehmers nur aus einem vom Erblasser umschriebenen Kreise übertragen kann (2151), kann er bei der Auflage, wofern er nur den Zweck bestimmt, dem Beschwerten oder einem Dritten die völlig freie Bestimmung der Person überlassen, an welche zu leisten ist (2193 Abs. 1). Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt sie durch Erklärung an den Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, oder versäumt er eine ihm vom Nachlaßgericht auf Antrag des Beschwerten oder Jemandes, der die Erfüllung der Auflage verlangen kann, gesetzte Erklärungsfrist, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über (2193 Abs. 3). Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann, wenn er zur Erfüllung der Auflage rechtskräftig verurtheilt ist, ihm von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden; nach dem Ablauf der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung (als ein Dritter, Abs. 3) zu treffen, falls nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt (2193 Abs. 2, s. auch CPO. 255). Das Gesetz nimmt also nicht an, daß durch irgend eine einseitige Erklärung des Beschwerten die verbindliche Bestimmung der Empfangsperson erfolgt, sondern dieselbe erfolgt seitens des Beschwerten nur durch Leistung. Selbst wenn er sich vertragsmäßig irgend Jemandem gegenüber zur Leistung an diesen oder einen Dritten verpflichten würde, bliebe ihm die Erfüllung der Auflage auch zu Händen eines andern möglich. Wie er sich dann mit seinem Mitcontrahenten abfindet, ist seine Sache. Auch darin folgt die Auflage der Analogie der Zuwendungen von

Todeswegen, daß ihre Unwirksamkeit im Zweifel derjenigen Verfügung nicht schädlich ist, welche sie belastet (2195; vgl. 2085). Unter den zeitlichen Beschränkungen des Vermächtnisses steht die Auflage nicht, vgl. dazu Kipp Prorectoratsrede, Erl. 1899 S. 24 fg. [17]. — Anwendbar ist § 2181 (2192).

2. Die Erfüllung der Auflage können verlangen: Der Erbe, der Miterbe, diese ohne weitere Voraussetzungen; ferner derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage Belasteten unmittelbar zustatten kommen würde, also auch der als Erbe Nachberufene, ein anwachsungsberechtigter Mitvermächtnißnehmer oder Ersatzvermächtnißnehmer dem belasteten Vermächtnißnehmer gegenüber, sowie derjenige, der das belastete Vermächtniß in Folge Wegfalls des damit Bedachten behalten würde, auch wenn er selbst nur Vermächtnißnehmer ist (2194 S. 1). Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die (nach Landesrecht) zuständige Behörde die Erfüllung verlangen (2194 S. 2). Sind Mehrere vorhanden, welche die Erfüllung verlangen können, so sind sie nicht Gesammtgläubiger; keiner fordert für sich, sondern alle drängen den Belasteten in derselben dritten Richtung.

3. Ist der Belastete der Erbe, so ist die Auflage eine Nachlaßverbindlichkeit, jedoch mit den Besonderheiten, die früher hervorgehoben sind; vgl. S. 463 fg. Diese theilt die Auflage mit dem Vermächtniß. Ist der Belastete ein Vermächtnißnehmer, so gelten auch für seine Haftung die gleichen Grundsätze wie beim Vermächtniß (2186—2188). Auch § 2189 (Herstellung einer Rangordnung durch den Erblasser) trifft die Auflage mit, die sich auch zum Pflichttheilsrecht ebenso wie ein Vermächtniß verhält (2306 fg. 2318).

4. Ist zur Zeit des Erbfalls die Erfüllung der Auflage objectiv unmöglich, so gilt wiederum das Gleiche wie beim Vermächtniß (2192. 2171). Nicht übertragen sind dagegen auf die Auflage die Vorschriften der §§ 2169 fg. Ihre Heranziehung ist aber wohl dennoch unentbehrlich, wenn der Erblasser die Verwendung eines individuell bestimmten Gegenstandes für einen bestimmten Zweck angeordnet hat.

Wird die Vollziehung der Auflage in Folge eines vom Beschwerten zu vertretenden (276) Umstandes unmöglich, so kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften von der ungerechtfertigten Bereicherung insoweit verlangen, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwandt werden müssen. Ist die Unmöglichkeit eine nur subjective (vgl. 275), so wird derjenige, der den Anspruch geltend macht, seinerseits (vgl. 2161. 2192) die Auflage vollziehen müssen; anders natürlich, wenn die Unmöglicheit eine objective ist. Ist die Leistung auf eine Weise unmöglich geworden (wenn auch nur subjectiv), die der Beschwerte nicht zu vertreten hat, so ist er frei (275) und behält im Zweifel (2195) das ihm Zugewandte. Ist der Beschwerte zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurtheilt, so richtet sich die Vollstreckung nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Kann also die Auflage von einem Dritten vollzogen werden, so kann sich der Kläger ermächtigen lassen, dieß auf Kosten des Beschwerten zu thun (CPO. 887). Ist dagegen die Auflage von solcher Art, daß sie nur der Beschwerte vollziehen kann, so ist, wenn keine Zwangsmittel zulässig oder die zulässigen erschöpft sind, so zu verfahren, wie im Falle der verschuldeten Unmöglichkeit (2196 Abs. 2).]

Sechstes Kapitel.

Anhänge.

I. Die Erbunwürdigkeit*.

A. Im Allgemeinen.

§ 669.

Es gibt Fälle, in welchen Jemandem dasjenige, was er dem Rechte nach aus dem Nachlaß erhält, vom Rechte selbst wieder genommen wird, weil er es zu haben nicht verdient[1]. Fälle solcher Art kommen vor in gleicher Weise bei Erbschaften wie bei Vermächtnissen, und was Erbschaften angeht bei der Intestat- wie bei der vom Erblasser vergebenen Erbschaft[2]. Deßwegen bildet die Lehre von der Erbunwürdigkeit einen Anhang zum gesammten Erbrecht[3].

---

* Dig. 34, 9 de his quae ut indignis auferuntur. Cod. 6, 35 de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum. — Zimmern Grundriß des Erbr. S. 78 fg. (1823). Mayer Erbr. § 140—144 (1840). Heimbach RLex. IV S. 48 fg. (1838). Wächter ACPra. XXIII S. 51 fg. (1840). Keller Institutionen S. 390 fg. (1861). Zimmermann APraktRW. N. F. XII S. 355 fg. (1880). Köppen Lehrb. S. 146 fg., Vangerow II § 565, Sintenis III § 205, Brinz 1. Aufl. § 206. 2. Aufl. III S. 52 fg. 198 fg. [W. Eck Indignität und Enterbung nach röm. und gemeinem deutschen R. Berlin 1894. Schindlbeck Erbunwürdigkeit nach dem BGB. unter Hinweis auf das bisher geltende R. Erl. Diss. 1898.]

§ 669. [1] Das Rsinstitut der Erbunwürdigkeit beruht auf demselben Grundgedanken, wie das Rsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; auch hier reagirt das R. gegen sich selbst.

[2] Bezogen auf letztwillige Verfügungen grenzt die Lehre von der Erbunwürdigkeit an die Lehren von der Ungültigkeit und von der Incapacität. Von der Incapacität (§ 550, § 625 [1]) unterscheidet sich die Erbunwürdigkeit dadurch, daß sie den Erwerb nicht ausschließt, von der Ungültigkeit dadurch, daß, wenngleich die letztwillige Verfügung nicht die Kraft hat, dem Unwürdigen das ihm Zugedachte zu erhalten, sie doch regelmäßig die Kraft behält, diejenigen Personen auszuschließen, welche es ohne ihn erhalten haben würden. Wo das Hinterlassene, wie das ausnahmweise der Fall ist, gerade an diese Personen fällt, ist die Erbunwürdigkeit ihrer juristischen Form nach in der That Ungültigkeit, und unterscheidet sich von den anderen Fällen der Ungültigkeit nur dadurch, daß sie zur Strafe des Bedachten eintritt. Vgl. auch Unger § 5 [4].

[3] Die Bezeichnung Erbunwürdigkeit ist aus einem doppelten Grunde nicht ganz passend. Einmal weil die Unwürdigkeit sich nicht bloß auf Erbschaften bezieht: sodann weil der Ausdruck Unwürdigkeit für manche hierher gehörige Fälle zu stark ist, z. B. bei formlosem Widerruf der Erbeseinsetzung. Aber eine bessere Bezeichnung bietet sich nicht dar. Das Fremdwort Indignität scheint mir noch weniger empfehlenswerth und erlaubt überdieß keine adjectivische Bezeichnung. — Ueber die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Erbunwürdigkeit vgl. Sintenis III S. 661 in der Anm. Zimmermann a. a. O. behauptet die heutige

Was wegen Erbunwürdigkeit genommen wird, fällt meistens an den Fiscus[3a]; ausnahmsweise treten andere Personen ein. Die Erbunwürdigkeit wirkt meistens für Erbschaften und Vermächtnisse zugleich, zuweilen nur für Erbschaften oder nur für Vermächtnisse. — Es soll jedoch bei der Darstellung der Erbunwürdigkeitsfälle keiner dieser beiden Gegensätze zu Grunde gelegt werden, sondern der Gegensatz der Gründe, auf welchen die Erbunwürdigkeit beruht. Diese Gründe ordnen sich unter folgende Gesichtspunkte: 1) Verfehlung gegen die Person des Erblassers; 2) Verfehlung gegen den letzten Willen; 3) Verfehlung gegen das Gesetz; 4) Abschwächung des Verleihungswillens[4].

[Nach BGB. bewirken ein und dieselben Gründe Erbunwürdigkeit, Vermächtnißunwürdigkeit und Pflichttheilsunwürdigkeit (2339. 2345). Der Unwürdige wird aber nicht zu Gunsten des Fiscus, sondern zu Gunsten derer beseitigt, denen auch sonst sein Wegfall zu statten kommen würde (2341. 2344 Abs. 2. 2345. S. unt. zu § 674.]

B. Die Erbunwürdigkeitsfälle.

1. Verfehlung gegen die Person des Erblassers.

§ 670.

1. Wer absichtlich oder fahrlässig den Tod des Erblassers herbeigeführt hat, verliert Erbschaft und Vermächtniß an den Fiscus[1].

2. Ebenso der Erbe, welcher die Ermordung des Erblassers nicht durch gerichtliche Verfolgung rächt, oder durch dessen Nach-

---

Unanwendbarkeit der meisten der unten genannten Bestimmungen des r. R.; es tritt aber nicht überall klar hervor, ob er bloß den Anfall an den Fiscus ausgeschlossen wissen will (Note 3 a), oder den dem indignus angedrohten Verlust überhaupt.

[3a] Zimmermann a. a. O. ist der Meinung, daß nach heutigem R. der Anfall an den Fiscus deßwegen ausgeschlossen sei, weil damit indirect die Strafe der Confiscation wieder eingeführt werden würde. Aber der Gesichtspunkt, unter welchem dem Erbunwürdigen genommen wird, ist kein strafrlicher. S. auch Mandry § 22 [19], Köppen S. 154, Binding Handbuch des Strafr. I S. 304 Note [27 a. E.]. Wie Zimmermann Dernburg III § 60 a. E. [Nicht entscheidend Sf. LIV. 155 fg. (RG.).]

[4] Außer den im Folgenden genannten Erbunwürdigkeitsfällen werden von Anderen als solche noch aufgezählt die § 535 [9 unter lit. a. b. c] genannten Erbunfähigkeitsfälle. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. B. 1. 2, Sintenis a. a. O. Lit. B. 3. 6, Zimmermann S. 385 fg., andererseits Keller a. a. O. S. 414. S. ferner § 670 [9], § 673 [2].

[1] L. 3 D. 34, 9, l. 10 C. 6, 35, l. 7 § 4 D. 48, 20, l. 9 D. 49, 14. § 670.
Keller S. 390, Vangerow Nr. I. A, Wächter S. 52, Zimmermann S. 362 fg., Sf. XVII. 265, XX. 52, XXXII. 59, XLIII. 34. Vgl. auch Mandry ACPra. LX S. 43. 44.

lässigkeit die gerichtliche Verfolgung unterbleibt[2]; jedoch entschuldigt Minderjährigkeit[3].

3. Wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers angegriffen hat, verliert das ihm von demselben Hinterlassene an den Fiscus[4].

4. Ein ihm hinterlassenes Vermächtniß verliert an den Fiscus, wer den Erblasser denuntiirt hat[5].

5. Die Erbschaft verliert an den Fiscus, wer über dieselbe bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Zustimmung durch Vertrag verfügt hat[6].

6. Wer sich des geisteskranken Erblassers nicht angenommen hat, verliert die Erbschaft zu Gunsten der Person, welche ihn gepflegt hat[7].

7. Wer den Erblasser nicht aus der Gefangenschaft losgekauft hat, verliert die Erbschaft zu Gunsten der Kirche seines Wohnorts, damit diese sie zum Loskauf von Gefangenen verwende. Alter unter 18 Jahren entschuldigt[8,9].

---

[2] L. 21. l. 17 D. 34, 9, l. 8 § 1. l. 15. l. 22 D. 29, 5, l. 1. 7. 9 C. 6, 35. Die Verpflichtung zur gerichtlichen Verfolgung hat nur der Erbe; aber dieser verliert nicht bloß die Erbschaft, sondern auch ein ihm gegebenes Vermächtniß, l. 15 § 1 D. 29, 5. Sintenis § 205[9] glaubt, daß diese Bestimmung heutzutage unanwendbar sei, „aus sittlichen Gründen", auch Wächter S. 55 und Zimmermann S. 370 fg. sind für die Unanwendbarkeit; vertheidigt wird die Anwendbarkeit von Mühlenbruch Fortſ. von Glück XLIII S. 477.

[3] L. 6 C. 6, 35.

[4] L. 9 § 2 D. 34, 9. Vgl. Keller S. 392, Vangerow Nr. I. A. 5. Sintenis a. a. O. hält auch diese Bestimmung für unanwendbar; sie würde es sein, wenn es nothwendig wäre, unter der Bestreitung des „status", von welcher die Stelle redet, lediglich die Bestreitung der Freiheit zu verstehen. Für die Unanwendbarkeit auch Zimmermann S. 375.

[5] L. 1 D. 34, 9. In diesem Falle ist aber zuerst zuzusehen, ob nicht eine stillschweigende Zurücknahme des Vermächtnisses anzunehmen sei (§ 640[6]). Vgl. Keller S. 392 bei c, Zimmermann S. 373.

[6] L. 2 § 3 D. 34, 9, l. 29 § 2. l. 30 D. 39, 5. Diese Stellen sprechen nur von der Schenkung der Erbschaft, und auf diese will die Bestimmung beschränken Sintenis Anm. [11]; für die Ausdehnung Hasse Rhein. Mus. II S. 218. S. auch l. 30 C. 2, 3. Heutzutage unanwendbar nach Zimmermann S. 377.

[7] Nov. 115 c. 3 § 12. c. 4 § 6. Osenbrüggen zur Interpretation des corpus iuris civilis S. 44 fg. Für die heutige Unanwendbarkeit Zimmermann S. 387.

[8] Nov. 115 c. 3 § 13. Sintenis Anm. [15]. Auch hier behauptet Zimmermann S. 387 die heutige Unanwendbarkeit.

[9] Von Anderen (so von Vangerow Nr. II. B. 5, Zimmermann S. 485) wird auf Grund von Nov. 22 c. 46. 47 pr. noch der Satz hierher gestellt, daß, wer sich gegen seine Geschwister gewisser Vergehen schuldig mache (Lebensnachstellung, Erhebung einer Criminalklage, Vermögensberaubung oder Ver-

[Im BGB. ist erbunwürdig, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getödtet oder zu tödten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, in Folge dessen er bis zu seinem Tode thatsächlich unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben (2339 Abs. 1 Ziff. 1). Der Vorsatz des Thäters braucht nicht auf die Herbeiführung der Testirunfähigkeit gerichtet zu sein (Mot. V S. 518). Verzeihung durch den Erblasser schließt die Wirkung des Unwürdigkeitsgrundes aus (2343); sie setzt juristische Handlungsfähigkeit nicht voraus. Die übrigen oben erwähnten Gründe kennt das BGB. nicht.]

2. Verfehlung gegen den letzten Willen.

§ 671.

1. Wer den letzten Willen als falsch oder gegen das Notherbenrecht verstoßend angreift, verliert, wenn er bei dem Angriff unterliegt, das ihm in diesem letzten Willen Hinterlassene an den Fiscus [1]. Ebenso wer den Angreifer unterstützt [2]. Minderjährigkeit entschuldigt [3].

2. Der gleiche Gedanke liegt der Bestimmung zu Grunde, daß der Pupillarsubstitut die Pupillarerbschaft an den Fiscus verliert, wenn er die Mutter des Pupillen der Kindesunterschiebung ohne Erfolg anklagt [4].

---

such dazu), die Intestaterbschaft derselben zu Gunsten der anderen Intestaterben verliere. Aber nach dem Zusammenhang der Novelle (c. 21. 22. 26. 27. 46) scheint es mir nicht zweifelhaft, daß wir nicht befugt sind, über den unmittelbaren Inhalt der genannten Stelle hinauszugehen. Dieser Inhalt aber ist folgender. Wenn ein verwittweter Ehegatte sich zum zweiten Mal verheirathet (die Stelle spricht zwar nur von der Wittwe, aber s. § 511 [9]), so soll er an die Kinder der ersten Ehe verlieren, was er durch Beerbung eines Kindes der ersten Ehe aus dem Vermögen des ersten Ehegatten erhalten hat, und davon nur den Nießbrauch behalten; tritt der Erbfall zu einer Zeit ein, wo er bereits wieder verheirathet ist, so soll er die Proprietät an die Kinder der ersten Ehe sofort verlieren. In dem einen und dem anderen Fall aber sollen an dem Verlorenen diejenigen Kinder, welche sich gegen ihre Geschwister der oben bezeichneten Vergehen schuldig gemacht haben, nicht participiren. Es liegt nun auf der Hand, daß von einer Erbunwürdigkeit nur in dem zweiten der genannten Fälle die Rede sein kann, da die Geschwister nur in diesem Fall bei einer Beerbung ausgeschlossen werden. Aber auch in diesem Fall ist kaum Erbunwürdigkeit, und wohl eher Erbunfähigkeit anzunehmen. Vgl. Keller S. 416, Wächter S. 55, besonders aber Marezoll ZS. f. CR. u. Pr. IV S. 415 fg. (welcher nur darin zu weit geht, daß er die Geschwister erst durch eine Enterbung ausgeschlossen werden läßt).

[1] L. 5 § 1. 6. l. 16. 24 D. 34, 9, l. 13 § 9. l. 29 § 1 D. 49, 14; l. 4. l. 5 § 14. l. 15 D. 34, 9; l. 5 § 8 D. 34, 9, l. 8 § 14. l. 22 § 2. 3 D. 5, 2. l. 13 § 9 D. 49, 14. S. auch l. 2 pr. D. 34, 9, l. 22 D. 28, 6, l. 5 § 4 D. 37, 5. Keller S. 393—399. Vgl. auch Sintenis Anm. [10]. Unanwendbar nach Zimmermann S. 374. § 671.

[2] L. 5 § 10—13. l. 22 D. 34, 9, l. 30 § 1 D. 5, 2.

[3] L. 5 § 9 D. 34, 9. Vgl. l. 22. eod., l. 2 C. 6, 35, Paul. sentent. V, 12 § 4.

[4] L. 16 pr. D. 34, 9. Zimmermann S. 380 (für die Unanwendbarkeit).

3. Wer die Urkunde der letztwilligen Verfügung zerstört, verliert dasjenige, was er dadurch gewinnt, an den Fiscus[5].

4. Verheimlichung des Testamentes wird am Vermächtnißnehmer durch Verlust des ihm im Testament hinterlassenen Vermächtnisses zu Gunsten des Beschwerten bestraft[6].

5. Entwendung aus der Erbschaft wird am Erben durch Verlust der Falcidischen Quart zu Gunsten des Fiscus[7], am Vermächtnißnehmer durch Entziehung des Vermächtnisses zu Gunsten des Beschwerten bestraft[8].

6. Arglistige Verhinderung an der Errichtung eines letzten Willens bewirkt, daß der Verhindernde dasjenige, was er in Folge der Verhinderung aus dem Nachlaß erhält, an den Fiscus verliert[9]. Arglistige Bestimmung zur Errichtung eines letzten Willens macht denselben zu Gunsten der durch ihn Ausgeschlossenen ungültig; ist aber der Ausgeschlossene der Arglistige selbst, oder ist ein Ausgeschlossener nicht vorhanden, so tritt ebenfalls der Fiscus ein[10].

7. Säumniß in der Errichtung eines Vermächtnisses bewirkt, wenn sie trotz richterlicher Mahnung über ein Jahr dauert, daß der Säumige das Vermachte an die § 648 Note 16 bezeichneten Personen verliert[11].

[Nach **BGB.** ist unwürdig, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben, wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben (2339 Abs. 1 Ziff. 2. 3, vgl. ob. Ziff. 6), wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen einer Urkundenfälschung schuldig gemacht hat oder die Urkunde in der Absicht, einem andern Nachtheile zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt hat (2339 Abs. 1 Ziff. 4, StGB. 267—274; vgl. ob. Ziff. 3. 4). Die Unwürdigkeit tritt nicht ein, wenn vor dem Tode des Erblassers die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt wurde, unwirksam geworden ist, gleichviel, aus welchem Grunde, oder wenn die Verfügung zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde, auch wenn sie

---

[5] L. 26. l. 4 § 1 D. 48, 10. Vgl. Keller S. 399 fg. Beide Stellen reden nur vom Sohn im Verhältniß zum Vater; für die Ausdehnung Keller a. a. O., gegen dieselbe Zimmermann S. 382, der aber die ganze Bestimmung für unanwendbar hält.

[6] L. 25 C. 6, 37.

[7] L. 6 D. 34, 9, vgl. l. 24 pr. l. 68 § 1 D. 35, 2.

[8] L. 50 [48] D. 36, 1, l. 5 C. 6, 37.

[9] S. § 548 [9]. Für die Unanwendbarkeit Zimmermann S. 376.

[10] S. § 548, 1.

[11] Nov. 1 c. 1. 4.

nicht aufgehoben wäre, oder wenn die Verfügung unwirksam geworden ist, in Ansehung deren die nach §§ 267—274 StGB. strafbare Handlung begangen ist (2339 Abs. 2). Ist eine echte Urkunde vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, so ist dieß einfach. Ist eine falsche Urkunde hergestellt, so kommt es darauf an, ob die Verfügung, die sie enthält, unwirksam geworden sein würde, wenn sie echt wäre. Ist eine echte Urkunde verfälscht, z. B. ein anderer Erbesname hineingebracht, so fällt die Erbunwürdigkeit nur weg, wenn die Urkunde sowohl in ihrem echten Inhalt unwirksam geworden ist, wie in ihrem falschen Inhalt unwirksam geworden sein würde, wenn dieser echt wäre. Auch für die hier besprochenen Unwürdigkeitsgründe gilt, daß sie durch Verzeihung beseitigt werden (2343. 2345). Die im Vorigen nicht berührten Unwürdigkeitsgründe dieses § kennt das BGB. nicht.]

3. Verfehlung gegen das Gesetz.

§ 672.

1. Wer bei Lebzeiten des Erblassers zum Zweck der Umgehung des Gesetzes es heimlich übernimmt, den Nachlaß oder einen Theil desselben einer unfähigen Person herauszugeben, darf das Herauszugebende nicht behalten, sondern verliert es an den Fiscus, selbst einschließlich der Falcidischen Quart[1].

2. Eine Frau, welche mit einem Manne in einem unerlaubten Geschlechtsverhältniß lebt, verliert an den Fiscus das ihr vom Manne Hinterlassene[2].

3. Personen, welche in verbotener Ehe leben, verlieren an den Fiscus, was eine der anderen hinterläßt[3].

[Dem BGB. nicht bekannt.]

4. Abschwächung des Verleihungswillens.

§ 673.

Hierher gehört der Fall, wo eine Erbeseinsetzung nicht in der gehörigen Form widerrufen ist. Trotz des Widerrufs wird die Erbeseinsetzung aufrecht erhalten insofern sie die Nächstberufenen ausschließt; aber sie wird nicht aufrecht erhalten zu Gunsten des Eingesetzten,

[1] L. 10. 11. 18 D. 34, 9, l. 17 § 2 D. 22, 1, l. 59 § 1 D. 35, 2, l. 3 pr. § 1—4 D. 49, 14, l. 40 eod., l. 103. l. 123 § 1 D. 30. S. g. fideicommissum tacitum. Vgl. Keller S. 408—414, Zimmermann S. 375 (dieser für die Unanwendbarkeit). § 672.

[2] L. 14 D. 34, 9, l. 41 § 1 D. 29, 1. Vgl. Savigny II S. 557 fg., Keller S. 407 fg., Vangerow Nr. I. A. 10, Wächter S. 53. 56, Dernburg III § 60 [11].

[3] L. 4 C. 5, 5, l. 2 § 1. 2. l. 13 D. 34, 9, l. 128 D. 30. Wächter S. 54, Zimmermann S. 380 (für die Unanwendbarkeit).

weil diesem der eigentliche Wille des Erblassers fehlt, und deßwegen fällt die Erbschaft an den Fiscus[1]. Anders ist die Behandlung bei Vermächtnissen; diese werden auch durch formlosen Widerruf ungültig, so daß sie der Beschwerte behält (§ 640). Und auch was Erbeseinsetzungen angeht, hat das römische Recht in anderen Fällen der Ermangelung des eigentlichen Willens bei formeller Rechtsbeständigkeit der Verfügung nicht Erbunwürdigkeit, sondern Ungültigkeit eintreten lassen, so daß die Erbschaft vergeben wird, wie sie ohne diese Verfügung vergeben werden müßte[2].

[Formloser Widerruf ist nach BGB. nichtig. Ueber Zwang und Irrthum . ob. S. 237 fg., 240 fg.]

C. Rechtsverhältniß bei der Erbunwürdigkeit.

§ 674.

Die Wirkungen der Erbunwürdigkeit treten ohne Weiteres ein. Handelt es sich im Besonderen um eine Erbschaft, so hat derjenige, an welchen die Erbschaft fällt, ohne Weiteres die Erbschaftsrechte und

§ 673. [1] L. 3 D. 28, 4, l. 12. l. 16 § 2 D. 34, 9, l. 4 C. 6, 35. Nach den drei ersten dieser Stellen soll auch in dem Ausstreichen (inducere) des Namens des eingesetzten Erben nicht der gehörige Ausdruck des Widerrufswillens liegen, und daher in Folge davon nur Erbunwürdigkeit eintreten. In welchem Verhältniß zu diesen Stellen andere Stellen stehen, welche das Gegentheil sagen oder zu sagen scheinen, l. 2 D. 28, 4, l. 2 § 7. l. 8 § 3 D. 37, 11, ist zweifelhaft. Für unzulässig halte ich, wie Einige thun, zu unterscheiden, ob der Erblasser durch das Ausstreichen des Namens die Erbeseinsetzung habe widerrufen, oder ob er den Eingesetzten für unwürdig habe erklären wollen: in der Unwürdigkeitserklärung liegt eben ein Widerruf. Dagegen kann man an eine historische Entwickelung denken (vgl. Keller S. 411, P. Krüger kritische Versuche im Gebiete des r. R. S. 11); Krüger a. a. O. S. 12 und Leist Forts. von Glück Serie der Bücher 37 und 38 IV S. 276 (vgl. S. 223 fg.) beziehen l. 2 § 7 und l. 8 § 3 D. 37, 11 auf den Fall der Durchstreichung vor Vollendung des Testamentes (vgl. l. 1 § 1. 2. 4. D. 28, 4); ebenso Köppen S. 150. Vgl. auch Schirmer Sav.-ZS. V S. 9 fg. Liegt wirklich ein Widerspruch vor, so haben wir denselben zu Gunsten des Fiscus zu entscheiden keine Veranlassung, während sich eine äußere Vereinigung darin darbietet, daß die von dem Re des Fiscus handelnden Stellen auf den Fall bezogen werden, wo keine Personen vorhanden sind, welche der Unwürdige von der Erbschaft ausgeschlossen hat.

[2] Im Falle der ermangelnden Voraussetzung bez. des Irrthums (im Beweggrunde) und, wie anzunehmen ist, des Zwanges. Ueber den letzten Fall s. § 548, 1, über den ersten § 548, 2, § 556. Daß übrigens im Fall der irrigen Voraussetzung auch der Indignitätsstandpunkt in den Quellen nicht unvertreten ist (l. 46 pr. D. 49, 14), ist bereits § 548 [16] bemerkt worden. Auch hier ist die in der vorigen Note bezeichnete äußere Vereinigung anwendbar. — Die Schriftsteller pflegen Fälle der ermangelnden Voraussetzung, in welchen Erbschaft oder Vermächtniß der Regel gemäß an die durch die Verfügung Benachtheiligten fallen,

Erbschaftsverpflichtungen, während der Erbunwürdige nur den Namen des Erben behält[1]. Verfügungen, welche der Erbunwürdige über die Erbschaft trifft, sind von Anfang an nichtig[2]. Verluste, welche er durch den Erbschaftsantritt erlitten hat, werden ihm nur dann ersetzt, wenn ihm ausnahmsweise keine Arglist zur Last fällt[3]. Für die Früchte haftet er nach den Regeln des bösgläubigen, in dem bezeichneten Ausnahmefall des gutgläubigen Besitzers[4]. Der Erwerber der Erbschaft trägt, wie die übrigen Erbschaftsverpflichtungen, auch die Vermächtnisse[5]. Durch den Tod des Erbunwürdigen werden die Folgen der Erbunwürdigkeit nicht ausgeschlossen[6]; ebensowenig dadurch, daß er ausschlägt[7].

[Nach BGB. wird die Unwürdigkeit durch Anfechtung geltend gemacht (2340. 2345.)

1. Gegenüber dem unwürdigen Erben bedarf es der Anfechtungsklage (2342 Abs. 1). Das Anfechtungsrecht steht jedem zu, dem der Wegfall des Unwürdigen, sei es auch nur nach dem Wegfall eines Andern, zu Statten kommt (2341). Die Anfechtung, d. h. die Erhebung der Klage, ist erst nach dem Anfall der Erbschaft an den Unwürdigen zulässig, einem Nacherben gegenüber jedoch schon dann, wenn die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist (2340 Abs. 2). Die Anfechtung ist an dieselben Fristen gebunden, wie die Anfechtung durch Dritte nach dem Tode des Erblassers wegen Irrthums oder Drohung (2340 Abs. 3). Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urtheils ein, durch welches der Beklagte für erbunwürdig erklärt wird (2342 Abs. 2, vgl. Abs. 1

---

mit unter den Indignitätsfällen aufzuzählen, nämlich: l. 5 § 2 D. 34, 9, l. 28 § 1. l. 32—36 D. 27, 1, l. 25 i. f. C. 6, 37; l. 1 § 3 D. 27, 2; l. 12 § 4 D. 11, 7. S. dagegen § 669 [2] und vgl. noch § 636.

[1] L. 9 § 2. l. 18 § 1 D. 34, 9, l. 8. 9 C. 6, 35, l. 29 § 2 D 39, 5, l. 29 § 1. l. 43 D. 49, 14, Nov. 1 c. 1 § 4; l. 43 § 3 D. 28, 6. [Sf. LIV. 155 (RG.).] § 674.

[2] L. 47 § 5 D. 26, 7.

[3] L. 8. l. 17. l. 18 § 1 D. 34, 9, l. 29 § 1 D. 49, 14, l. 21 § 1 D. 29, 5.

[4] L. 17. l. 18 pr. D. 34, 9, l. 1 C. 6, 35, l. 46 D. 5, 3.

[5] L. 9 D. 29, 5, l. 50 § 2 D. 30, l. 3 § 4. l. 14 D. 49, 14.

[6] L. 22 D. 29, 5, l. 26 D. 48, 10.

[7] So die herrschende Meinung, Puchta 558, d, Arndts § 520 [4], Brinz 1. Aufl. S. 863, Sintenis § 205 [1], Köppen Erbr. S. 323; zweifelnd und eher dawider Keller S. 418. Es ist zuzugeben, daß die Stellen, welche sich bei den genannten Schriftstellern angeführt finden (l. 9 § 2. l. 18 § 1 D. 34, 9, l. 29 § 1 D. 49, 14, l. 8 C. 6, 35, l. un. § 12 C. 6, 51, Nov. 1 c. 1 § 4), keinen Beweis für den aufgestellten Satz liefern; aber für denselben spricht die ganze Anlage des Indignitätsr. Der Erbunwürdige soll gestraft werden, und es darf nicht von seiner Willkür abhängen, ob sich die Verfügung des Gesetzes an ihm vollziehen soll, oder nicht. Eine Ausnahme läßt sich daher nur für den Fall des § 673 zugeben.

S. 2). Sie besteht darin, daß der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht geschehen gilt, und die Erbschaft rückwirkend demjenigen anfällt, der berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (2344). Ist also die Anfechtungsklage von Jemand erhoben, der nicht unmittelbar hinter dem Unwürdigen steht, so verschafft sein Sieg die Erbschaft zunächst dem in der Mitte Stehenden, und erst wenn dieser durch Ausschlagung oder anderswie wegfällt, nützt der Sieger sich selbst. Derjenige, dem die Erbschaft anfällt, hat gegen den Erbunwürdigen den Erbschaftsanspruch (2018 fg.). Dieser kann mit der Anfechtungsklage verbunden werden; der Erbunwürdige ist als bösgläubiger Besitzer zu behandeln. Dieß folgt aus § 142 Abs. 2; denn die Anfechtungsgründe sind alle so geartet, daß sie der Erbunwürdige nothwendig kennt.

2. Die Anfechtung gegenüber dem Vermächtnißnehmer oder Pflichttheilsberechtigten (2345) erfolgt regelrecht durch einseitige Willenserklärung des Belasteten an den Berechtigten (143); sie hat zur Folge, daß der Vermächtniß- oder Pflichttheilsanspruch als nie entstanden gilt. War bereits Erfüllung erfolgt, so hat der Empfänger das Erlangte als ohne Rechtsgrund erlangt und zwar mit der strengeren Haftung des § 819 herauszugeben. Dieß ergibt wiederum § 142 Abs. 2. Die Fristen der Anfechtung sind dieselben, wie bei der Anfechtung gegen den Erben. Ist die Anfechtung versäumt, so bleibt, wenn der Anspruch noch nicht befriedigt war, dem Belasteten immer noch die Vertheidigung durch Einrede, wie nach § 2083. Die Anfechtung soll nicht nur seitens dessen erfolgen können, dem der Wegfall des Vermächtnißnehmers oder Pflichttheilsberechtigten unmittelbar zu Statten kommt, sondern auch seitens desjenigen, dem er nach Wegfall eines Andern zu Statten kommt (2345. 2341). Danach kann nicht nur der Träger der Vermächtniß- oder Pflichttheilslast anfechten, sondern auch derjenige, der Aussicht hat, die Erbschaft (befreit von Pflichttheils- oder Vermächtnißlast) oder ein Vermächtniß (befreit von dem anzufechtenden Vermächtniß) beim Wegfall jenes zu erwerben.]

II. Die Schenkung von Todeswegen*.

§ 675.

Die Lehre von der Schenkung von Todeswegen bildet einen Anhang zu der Lehre von den Vermächtnissen. Mit dem Vermächtniß theilt die Schenkung von Todeswegen die Gleichheit des Zweckes; wie dieses dient sie der Ordnung der Vermögensverhältnisse nach dem Tode, wie dieses vergibt sie, was der Vergebende selbst zu haben nicht mehr im Stande ist[1]. Aber die Schenkung von Todeswegen wendet

* S. die Citate II § 369; außerdem Schirach ACPra. II S. 297 fg. (1819), Heimbach RLex. IX S. 709 fg. (1855), Keller Institutionen S. 343—357 (1861). [Zum Begriff: Sf. XLVIII. 41 (RG.).]

§ 675. [1] Festus s. v. mortis causa stipulatio: — „cuius mors fuit causa". Deßwegen eben ist sie ein Rgeschäft von Todeswegen (I § 69 hinter [6]). Andere sehen das Charakteristische des Rgeschäfts von Todeswegen darin, daß es eine Vergabung aus der Erbschaft, nicht aus dem gegenwärtigen Vermögen enthalte ([2]),

zur Erreichung dieses Zweckes andere Mittel an, als das Vermächtniß — den Vertrag statt der einseitigen Verfügung, die Vergabung aus dem gegenwärtigen Vermögen statt der Vergabung aus der Erbschaft[2]. Durch diesen letzteren Punkt unterscheidet sie sich auch von dem Vermächtnißvertrag (§ 632); außerdem durch die regelmäßig bei ihr stattfindende Widerruflichkeit[3].

Aus dem Zweck der Schenkung von Todeswegen ergibt sich, daß sie in ihrem Bestande abhängig ist von dem Nichtüberleben des Schenkers[4]. Sie ist, wie jede Verfügung von Todeswegen, eine Zuwendung an die Person als solche, und daher ohne Wirkung, wenn zur Zeit des Todes des Schenkers der Beschenkte nicht mehr vorhanden ist[5]. Aus dem Zweck der Schenkung von Todeswegen erklärt sich aber auch, daß im Laufe der Zeit auf sie die rechtlichen Grundsätze von den Vermächtnissen in umfassendem Maße übertragen worden sind, und dieß ist der Grund, weßwegen, nachdem sie bereits in der Lehre von der Schenkung behandelt worden ist (II § 369), hier noch einmal auf sie zurückgekommen werden muß.

§ 676*.

1. Die Fähigkeit zur Errichtung einer Schenkung von Todeswegen und die Fähigkeit, mit einer Schenkung von Todeswegen be-

---

und erklären demnach die Schenkung von Todeswegen, „obgleich sie mortis causa gemacht und genannt wird, dennoch für ein negotium inter vivos". Unger § 77 [13]. S. auch v. Schröter ZR. f. CR. u. Pr. II S. 104 fg., Savigny Syst. IV § 144, Zroblowski röm. Privatr. II S. 258. 262.

[2] In der Schenkung von Todeswegen „praesens praesenti dat", l. 38 D. 39, 6. Theoph. ad § 1 I. 2, 7: „ἀπο ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται". Dieß ist auch dann wahr, wenn die Schenkung von Todeswegen unter der aufschiebenden Bedingung des Nichtüberlebens des Schenkers gemacht wird (II § 369 [7]); es wird dann eben ein bedingtes R. vergeben. Vgl. Unger § 77 [11. 14]. Sf. XL. 297. Hat aus diesem Grunde die Schenkung von Todeswegen gegenüber einem früher abgeschlossenen Erbvertrag Bestand? Ja: Sf. XL. 216; nein: das. XXIX. 44, s. auch XVIII. 88.

[3] S. II § 369 [4. 5]. Vgl. Hasse Rhein. Mus. III S. 17 fg. 378, Hartmann Erbverträge S. 73 fg.

[4] L. 32 D. 39, 6. „Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur". L. 7. l. 27. l. 35 § 2. l. 42 § 1 D. 39, 6. Paul. sentent. III, 7 § 2.

[5] S. II § 369 [1].

* W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall S. 29 fg. Hasse Rhein. Mus. II S. 353 fg. III S. 378 fg. v. Schröter ZS. f. CR. u. Pr. II S. 112 fg. Savigny Syst. IV § 172. 173. Keller Institutionen S. 352 fg. Mayer Legate § 14. Vangerow II § 562. 563.

dacht zu werden, unterliegen den Beschränkungen der activen und passiven Vermächtnißfähigkeit, soweit diese Beschränkungen auf einem Strafgesichtspunkt beruhen[1]. Die Fähigkeit des Haussohns, über den castrensischen Erwerb zu testiren, erstreckt sich auch auf die Schenkung von Todeswegen[2].

2. Die Schenkung von Todeswegen kann gültig auch in Codicillarform errichtet werden[3].

3. Die Schenkung von Todeswegen wird wie ein Vermächtniß behandelt den Erbschaftsgläubigern gegenüber, d. h. sie kommt zum

---

§ 676. [1] Nur insoweit. So ist z. B. die von einem Pupillen auctoritate tutoris gemachte Schenkung von Todeswegen nicht nichtig (l. 1 § 1 D. 27, 3), und das Hauskind kann aus seinem Peculium mit Zustimmung des Vaters eine Schenkung von Todeswegen machen (l. 7 § 4 D. 39, 5, l. 25 § 1 D. 39, 6, vgl. § 539 [8]). Auch der im Text aufgestellte Satz wird in dieser Allgemeinheit in den Quellen nicht ausgesprochen. Aber s. l. 7 D. 39, 6, l. 32 § 7 D. 24, 1, l. 9. l. 22. l. 35 pr. l. 36 D. 39, 6, Vat. fr. 259; Nov. 87. L. 7 cit.: „Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant". L. 9 cit.: „Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possint". L. 22 cit.: „In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit". In den Entscheidungen dieser Stellen darf und muß, namentlich auch Angesichts der in Note [13] genannten Stellen, die Anerkennung eines Princips gefunden werden. Andere freilich wollen so weit nicht gehen. Vgl. Hasse II S. 360 fg., Schröter S. 118 fg., Savigny S. 259 fg., Vangerow § 562 S. 566.

[2] L. 15 D. 39, 6, l. 7 § 6 D. 39, 5, l. 32 § 8 D. 24, 1.

[3] D. h. näher: wenn die Schenkung Mehr als 500 Ducaten beträgt, so kann die Form der gerichtlichen Protokollirung (II § 367, 2) durch die Codicillarform ersetzt werden. L. 4 C. 8, 56 [57] von Justinian. Abweichende Meinungen über den Inhalt dieser Verordnung: 1) die in derselben zugelassene Ersatzform sei nicht die Codicillarform, sondern die Zuziehung von 5 (fähigen) Zeugen. So Schröter S. 144. 150, Vangerow § 563 Anm. Nr. II, Sintenis III § 216 [21]. Dagegen Hasse Rhein. Mus. III S. 410, Savigny Syst. IV S. 263, Heimbach a. a. O. (§ 675*) S. 717. Justinian nennt allerdings nicht die Codicillarform, sondern spricht nur von der Zuziehung von 5 Zeugen; aber er thut dieß in Gleichstellung der Schenkung von Todeswegen mit den Vermächtnissen. 2) Andere behaupten, die in l. 4 cit. bezeichnete Form sei keine zugelassene, sondern eine für alle Schenkungen von Todeswegen vorgeschriebene Form. Diese früher sehr verbreitete Meinung wird neuerdings noch vertreten von Müller § 27. 28, Wiederhold ZS. f. CR. u. Pr. XV S. 96 fg., Wächter II S. 825, und in den Urtheilen bei Sf. VII. 211. 236, XV. 146 Nr. I, vgl. auch XII. 31, ist aber gründlich widerlegt worden von Schröter S. 133 fg., Savigny S. 262, Vangerow a. a. O. Nr. I. Vgl. auch Hasse Rhein. Mus. S. 9. 493. Sf. XXXIII. 48 und Citate das., XXXIV. 317, XXXVIII. 237, XXXIX. 319. RG. XV S. 218.

Zuge erst wenn alle Erbschaftsschulden berichtigt sind[4]. Sie wird wie ein Vermächtniß behandelt den Erben gegenüber, was die Verletzung des Notherbenrechts[5] und die Verletzung der Falcidischen Quart angeht[6]. Endlich wird sie wie ein Vermächtniß behandelt den Vermächtnissen gegenüber, d. h. sie kann mit einem Vermächtniß beschwert werden, wie ein Vermächtniß[7].

4. Auf die Schenkung von Todeswegen findet Anwendung das bei Vermächtnissen geltende Anwachsungsrecht[8], die bei Vermächtnissen geltende besondere Behandlung der Bedingungen[9], das Verbot des Vergleichs über vermachte Alimente ohne richterliche Genehmigung[10], die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei einem vermachten Nießbrauch[11].

5. Die Schenkung von Todeswegen wird wegen Unwürdigkeit aus den gleichen Gründen verloren wie das Vermächtniß[12].

---

[4] L. 17 D. 39, 6. „Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam cum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent." L. 66 § 1 D. 35, 2.

[5] Vgl. l. 1 § 1. 5 D. 38, 5, l. 18 § 1 D. 37, 4, l. 3 pr. l. 5 § 7. l. 20 pr. D. 37, 5. S. ferner § 581 [2].

[6] S. § 650 [2]. Vgl. Gai. II, 225. 226.

[7] S. § 626 [6] und außer den daselbst citirten Stellen noch l. 1 C. 8, 56 [57] l. un. § 8 C. 6, 51. Sf. II. 210.

[8] L. un. § 14 C. 6, 51.

[9] Mucianische Caution: Nov. 22 c. 44. Erlaß der condicio iurisiurandi: l. 8 § 3 D. 28, 7 (vgl. I § 94 [15]). In diesen Entscheidungen den Ausdruck eines Princips zu sehen, scheint nicht zu weit gegangen. S. auch Vangerow § 562 a. E., und vgl. I § 92 [9], § 94 [16].

[10] L. 8 § 2 D. 2, 15. Vgl. II § 414 [11].

[11] L. 1 § 2 D. 7, 9. Vgl. I § 204 [6].

[12] Anders die herrschende Meinung; und in der That wird der im Text aufgestellte Satz in dieser Allgemeinheit in den Quellen nicht ausgesprochen. Aber er wird ausgesprochen in Nov. 1 c. 1 § 2 für den in § 671 unter Ziff. 7 genannten Fall ohne irgend welche Betonung, daß dieß etwas Besonderes sei. Sehr mit Unrecht beruft man sich für das Gegentheil auf l. 5 § 17 D. 34, 9. „Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario". Es handelt sich in dem Fall dieser Stelle um den Verlust des Vermächtnisses wegen eines gegen das Testament gerichteten Angriffs (§ 671, 1). Aber durch einen gegen eine letztwillige Verfügung gerichteten Angriff wird eben auch nur das in dieser Verfügung Hinterlassene verloren. Daß die Entscheidung nicht aus der Natur der Schenkung von Todeswegen hergenommen ist, ergibt sich sehr deutlich aus § 18 eod., nach welcher Stelle durch Angriff gegen das Testament sogar die in demselben ausgesetzte mortis causa capio (das condicionis implendae gratia Hinterlassene) verloren werden soll. So beweist also umgekehrt diese letztere Stelle für den im Text aufgestellten Satz.

Trotz dieser umfassenden Gleichstellung mit den Vermächtnissen ist die Schenkung von Todeswegen weit davon entfernt, ganz in das Vermächtniß aufgegangen zu sein, und es bestehen zwischen dem Recht derselben und dem Vermächtnißrecht noch immer durchgreifende Unterschiede[13]. Die Schenkung von Todeswegen kommt zu Stande erst durch die Acceptation des Beschenkten[14] und wird andererseits durch diese Acceptation erworben[15]. Sie kann, wenn der Werth des Geschenkten nicht 500 Ducaten übersteigt, formlos errichtet werden[16]. Für die Fähigkeit zu schenken und beschenkt zu werden, gelten abgesehen von der oben unter Ziff. 1 bezeichneten Ausnahme die Vertragsgrundsätze[17]. Ihr Bestand ist unabhängig von jedem Schicksal

[13] Die alten Juristen stritten darüber, wie weit in der Unterwerfung der Schenkung von Todeswegen unter das Vermächtnißr. gegangen werden dürfe. Diesen Streit hat Justinian zu Gunsten der weiter gehenden Meinung (l. 37 pr. D. 39, 6) entschieden, l. 4 C. 8, 56 [57], § 1 I. 2, 7, nov. 87 pr. Dabei übertreibt er im Ausdruck, so daß man annehmen möchte, er habe allen Unterschied zwischen diesen beiden RSinstituten aufheben wollen, während er doch selbst diese Uebertreibung auf das richtige Maß in der Bemerkung zurückführt: „constitutum est, ut per omnia *fere* legatis connumeretur" (§ 1 I. cit.).

[14] Die Schenkung von Todeswegen ist nothwendig Vertrag, auch abgesehen von dem II § 365 [5] Gesagten schon deßwegen, weil die Beschränkung auf den Fall des Ueberlebens des Beschenkten (des Nichtüberlebens des Schenkers) nur auf dem Vertragswege zum Ausdruck gebracht werden kann. A. A. Müller S. 41 fg. Vgl. Sf. XIX. 246.

[15] Daher l. 35 § 7 D. 39, 6. „Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est (et) condicio eius, cui expromissum est, semel intuenda est". Ferner gehört hierher die, freilich ihrem unmittelbaren Inhalt nach nicht mehr praktische und nach Justinianischem R. (l. un. § 5 C. 6, 51) nichts Besonderes mehr enthaltende, Schlußbestimmung der l. 44 D. 39, 6. „Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cuius mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed magis eius inspicienda est, cui donatum esset (est). Sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur".

[16] S. Note [3].

[17] S. Note [1]. Die Fähigkeit des Hauskindes, mit Genehmigung des Vaters eine Schenkung von Todeswegen aus seinem Peculium zu machen, wird in den daselbst genannten Stellen nur für das peculium concessum bezeugt, und deßwegen von Manchen hierauf beschränkt (vgl. Fritz ACPra. VI S. 203 fg., Vangerow II § 428 Anm. Nr. II). Aber es scheint nicht zweifelhaft, daß dem Hauskinde die gleiche Fähigkeit in Betreff des adventicischen Erwerbes nicht versagt werden darf. Die Zustimmung des Vaters, sagt l. 25 § 1 D. 39, 6, kann dem Kinde keine testamenti factio geben, welche es nicht hat; wenn diese Stelle nichtsdestoweniger dem Hauskinde die Fähigkeit beilegt, mit Zustimmung des Vaters von Todeswegen zu schenken, so spricht sie damit aus, daß die Un-

der Erbschaft[18]. Sie besteht bei gleichzeitigem Tode des Schenkers und des Beschenkten, während das Vermächtniß Ueberleben des Beschenkten voraussetzt[19]. Sie unterliegt der Collation[20]. Sie bewirkt, wenn sie auf das Vermögen als Ganzes gerichtet ist, keine Gesammtnachfolge[21, 22].

[Das BGB. kennt die Schenkung von Todeswegen als ein selbständiges Institut nicht, sondern behandelt sie immer entweder als Schenkung unter Lebenden oder als eine Verfügung von Todeswegen, welche Vermächtniß oder Erbeseinsetzung ist.

1. Ertheilt Jemand ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, so finden die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung, und zwar diejenigen über vertragsmäßige Verfügungen. Dieß zeigt die Stellung der Vorschrift (2301) und entspricht dem Wesen der Sache. Das „ertheilte" Versprechen ist ein zum Zwecke der Annahme ertheiltes und angenommenes Versprechen. Die angeführte Vorschrift gilt auch für ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß, welches schenkungshalber unter der fraglichen Bedingung ertheilt wird (2301 Abs. 1 S. 2); denn das Gesetz kann nicht dulden, daß seine Absicht durch Abstraction von der zu Grunde liegenden causa umgangen wird. Wird die Schenkung als vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen behandelt, so ist das Nächstliegende, sie als Vermächtnißvertrag anzusehen; nur wenn das Versprechen das ganze Vermögen betrifft, so liegt ein Erbeinsetzungsvertrag vor (Mot. V S. 351 fg., Prot. der II. Comm. S. 7397). Danach bemessen sich alle Anforderungen, welche an den Vertrag zu stellen sind, damit er wirkt, und alle Wirkungen, die ihm zukommen. Der Bedachte kann daher auch mit Vermächtnissen und Auflagen belastet werden (vgl. zu [7]); er erhält aber, anders als im gemeinen Recht (zu [19]), wenn er gleichzeitig mit dem Erblasser stirbt, nichts; von Collation (zu [20]) kann

fähigkeit des Kindes, von Todeswegen zu schenken, nur im Mangel seiner Berechtigung an dem Schenkungsgegenstand ihren Grund hat. Es kommt hinzu, daß nach der ursprünglichen Auffassung des r. R. der Vater am peculium adventicium nicht sowohl Nießbrauch, als Eigenthum mit Entziehung der Befugniß zur Verfügung über die Substanz hatte (§ 517 [1]).

[18] Weil kein bestimmter Beschwerter vorhanden ist. Vgl. § 639, 5.

[19] L. 26 D. 39, 6, l. 32 § 14 D. 24, 1.

[20] S. § 610 [16].

[21] Dieselbe versteht sich nicht von selbst, und von einer Erstreckung der Vorschrift des SC. Trebellianum auf die Schenkung von Todeswegen findet sich in unseren Quellen keine Spur. Vgl. Vangerow § 561 Anm. Nr. I. 3 und Citate das.

[22] Daß bei der Schenkung von Todeswegen die Widerruflichkeit vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann, begründet nach heutigem R. eine Eigenthümlichkeit derselben gegenüber dem Vermächtniß nicht mehr. S. § 632 und § 564 [5]. Es pflegt auch gelehrt zu werden, daß bei der Schenkung von Todeswegen das interdictum quod legatorum ausgeschlossen sei. Aber die dafür angeführte l. 1 § 5 D. 43, 3 gründet diesen Ausschluß auf die von Seiten des Schenkers vollzogene Tradition.

keine Rede sein. Freies Widerrufsrecht (II § 369 zu [4]) hat der Erblasser nicht (2290 fg.), Vorbehalt des Widerrufs ist Vorbehalt des Rücktritts vom Erbvertrage (2293).

2. Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so finden die Vorschriften über die Schenkung unter Lebenden Anwendung (2301 Abs. 2). Dieß gilt sowohl dann, wenn die Vollziehung ohne vorangegangenes Versprechen erfolgt, wie dann, wenn ein Versprechen vorherging. Ein ganzes Vermögen kann nicht durch einheitlichen Act verschenkt werden, sondern nur durch die den einzelnen Gegenständen entsprechenden Uebertragungsacte; dieß gilt auch dann, wenn die Uebertragung unter der Bedingung erfolgen soll, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Es ist dann in jedem einzelnen Uebertragungsact diese Bedingung zu wiederholen, und dafern das Vermögen Grundstücke enthält, zeigt sich, daß eine Vollziehung der Schenkung durch Leistung unter Lebenden nicht möglich ist, wenn nicht der Schenker die Bedingung fallen lassen will (925 Abs. 2). Sollte es nun vorkommen, daß Jemand, nachdem er gültig die Verschenkung seines ganzen Vermögens von Todeswegen versprochen, richtiger einen Erbeinsetzungsvertrag geschlossen hat, schon bei Lebzeiten alle Stücke seines gegenwärtigen Vermögens dem Eingesetzten überträgt, so bleibt an sich der Erbeinsetzungsvertrag bestehen und wirkt in Bezug auf das später noch erworbene Vermögen des Schenkers. Soll er diese Wirkung nicht haben, so bedarf es der vertragsmäßigen und formellen Aufhebung des Einsetzungsvertrages (2190).

Lag ein Vermächtnißvertrag vor, so wird das Vermächtniß durch Gewährung des vermachten Gegenstandes unter Lebenden, wenn auch unter der Bedingung des Ueberlebens des Beschenkten, von selbst wirkungslos, wenn ein bestimmter Gegenstand vermacht war. Denn wenn der Beschenkte den Schenker überlebt, so gehört jener Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft, und das Vermächtniß wäre schon danach im Zweifel unwirksam (2169); es kann überdieß der Gegenstand dem Bedachten nicht geleistet werden, weil er ihn schon hat (2171). Wenn der Gegenstand des Geschenkes (Vermächtnisses) generisch bestimmt war, und der Erblasser dem Beschenkten einen gleichen Betrag gleicher Gegenstände unter der Bedingung übereignet, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, in der Absicht, daß diese den Vermächtnißbetrag darstellen und der Beschenkte weiter nichts erhalten soll, so wird er vorsichtig handeln, wenn er die Uebereignung nur gegen Aufhebung des Erbvertrages oder gegen die Zustimmung zur Aufhebung desselben durch Testament (2291) vornimmt, und letzternfalls dementsprechend testirt. Aber auch wenn dieß unterblieben ist, wird man, falls erweislich der Erblasser jene Identität des Geleisteten mit dem Gegenstande des Vermächtnisses beabsichtigte, in Anwendung des § 2171 zu dem Ergebniß kommen, daß das Vermächtniß erloschen ist.

Ist die Schenkung als Schenkung unter Lebenden zu beurtheilen, so kann sie nicht mit Vermächtnissen oder Auflagen nach dem Rechte der Auflage von Todeswegen, sondern nur mit Auflagen nach dem Rechte der §§ 525 fg. belastet werden. Vgl. hierüber Kipp in der Festschrift der Erlanger Universität (ob. S. 551) VI. Ob der Beschenkte das Geschenk behält, wenn er gleichzeitig mit dem Schenker verstirbt, ist Auslegungsfrage.]

III. Zuwendung von Todeswegen durch Setzung einer Bedingung*.

§ 677.

Eine Zuwendung von Todeswegen kann auch in der Weise gemacht werden, daß eine Erbeseinsetzung oder ein Vermächtniß an die Erfüllung einer Bedingung geknüpft wird, deren Inhalt eine Leistung an eine Person ist[1]. Diese andere Person hat keinen Anspruch auf die Erfüllung der Bedingung, aber durch die Erfüllung der Bedingung[2] eine Bereicherung, welche ihr der Erblasser mit den Mitteln des Nachlasses[3] verschafft hat. In der That steht ein solcher Erwerb[4], wenn man von dem fehlenden Vermächtnißzwang absieht, dem Erwerb aus einem Vermächtnisse gleich, und daher ist auf ihn, wie auf die Schenkung von Todeswegen, das Recht der Vermächtnisse in umfassendem Maße erstreckt worden. So kann namentlich derjenige, welchem die passive Vermächtnißfähigkeit zur Strafe entzogen ist, auch in dieser Weise nicht erwerben[5], und das Erworbene wird wegen Unwürdigkeit verloren aus denselben Gründen wie ein Vermächtniß[6]. Ferner finden die Vermächtnißgrundsätze Anwendung was das Notherbenrecht[7] und das Recht der Falcidischen Quart[8] angeht. Ein Erwerb dieser Art kann mit einem Vermächtniß beschwert werden[9]. Ein Vergleich über Alimente, welche in dieser Art hinterlassen sind, bedarf zu seiner Gültigkeit der richterlichen Genehmigung[10.11].

---

* Keller Institutionen S. 357—361. E. Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. VIII S. 318 fg. (1863).

[1] Nach r. R. auch eine Freilassung. § 677.

[2] Vgl. l. 8 D. 29, 4, l. 44 pr. § 1 D. 35, 1.

[3] Mit den Mitteln des Nachlasses, — „licet non ex bonis mortui proficiscitur", l. 36 D. de mortis causa donationibus et *capionibus* 39, 6.

[4] Erwerb condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia. Vgl. II § 427 [9 fg.].

[5] L. 9. 36 D. 39, 6. S. andererseits l. 55 D. 35, 1.

[6] L. 5 § 18 D. 34, 9.

[7] S. § 581 [7], § 582 [1].

[8] S. § 650 [2 a. E.], § 652 [11. 15].

[9] S. § 626 [7].

[10] L. 8 § 2 D. 2, 15.

[11] Der Erwerb condicionis implendae gratia fällt unter die allgemeinere Kategorie der mortis causa capio. Mit diesem Ausdruck im technischen Sinn wird jeder in Folge des Todes einer Person eintretende Erwerb bezeichnet, welcher keinen besonderen Namen hat. L. 8 pr. l. 31 pr. l. 38 D. 39, 6. L. 31 cit.: „Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur".

[Das BGB. hat die Zuwendung durch Setzung einer Bedingung nicht erwähnt (vgl. jedoch 2076). Auf das zum Zwecke der Erfüllung einer Bedingung Geleistete kann das Recht der Vermächtnißunwürdigkeit (zu [6]) nicht übertragen werden. In Bezug auf das zu [7] Bemerkte s. 2306 und ob. S. 396 fg. unter a. Die Belastung mit Vermächtnissen ist nicht möglich. Vgl. Kipp a. a. O. (S. 551) VII.]

IV. Sonstige letztwillige Anordnungen*.

§ 678.

1. Ernennung eines Vormundes, Bestimmungen über die Erziehung der Kinder. Hiervon ist bereits an anderen Punkten des Systems geredet worden[1].

2. Anordnungen über die Art und Weise des Begräbnisses; über Ausstattung und Pflege des Grabes; über die Feier des Andenkens des Verstorbenen durch religiöse oder sonstige Veranstaltungen, Abhaltung von Seelenmessen, Errichtung eines Denkmals u. dgl.; über Annahme des Namens des Erblassers; ähnliche Anordnungen. Sind Auflagen[1a] dieser Art einem Vermächtnißnehmer gemacht, so braucht der Beschwerte ihm das Vermächtniß nicht eher herauszugeben, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat[2]. Ist die Auflage einem Erben gemacht, so wird demselben die Verfolgung der Erbschaft versagt, wenn er die Erfüllung der Auflage verweigert[3]; hat er Mit-

---

Zur mortis causa capio in diesem Sinne wird in den Quellen außer dem Erwerb condicionis implendae gratia noch gerechnet: a) was Jemand erhält als Entgelt für die Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung eines Erbschafts- oder Vermächtnißanspruchs, l. 8 pr. l. 21. l. 31 § 2 D. 39, 6, l. 24 D. 29, 2, l. 12 D. 39, 6 (vgl. Sf. XXIV. 185); b) was Jemandem gegeben wird für den Fall des früheren Todes einer dritten Person, l. 18 pr. l. 31 § 2 D. 39, 6 (vgl. Hasse Rhein. Mus. II S. 315, Savigny Syst. IV S. 243, Erxleben cond. sine causa II S. 162, Unger § 77 [4]; Keller S. 347. 348). Diese allgemeine Kategorie von mortis causa capio hat juristische Brauchbarkeit nicht. Wenn es in l. 9 D. 39, 6 heißt: „Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata capere possunt“, so gilt das gewiß nicht für den zuvor bei b bezeichneten Erwerb, und vielleicht nicht einmal für den bei a bezeichneten (vgl. l. 36 D. 39, 6). In l. 24 D. 29, 2 wird mit dem Begriff der mortis causa capio, wie es scheint, der Satz in Verbindung gebracht, daß derjenige, welcher sich Etwas für die Ausschlagung einer Erbschaft hat geben lassen, bis zum Betrag des Empfangenen den Vermächtnißnehmern haftet (§ 641 [9]).

* Elvers ABraft.RW. S. 114—149 (1857). Bekker II § 112 [12], § 118 Beil. II.

§ 678. [1] S. § 433, 1. § 446 [9]. § 514 [7]. § 526 [5].

[[[1a] Pernice Labeo III S. 32 fg.]].

[2] S. § 636 [4].

[3] L. 1 § 3 D. 27, 2, l. 8 § 6 D. 28, 7. Vgl. § 556 [3]. Pfeiffer prakt. Ausführungen I S. 31 fg. (Auflage, den Namen des Erblassers anzunehmen).

erben, so können ihn diese zur Gewährung der nöthigen Geldmittel anhalten[4]. Im Nothfall kann das Gericht nach seinem Ermessen, von Amtswegen oder auf Antrag der geistlichen Behörde, einschreiten[5], und in letzter Linie kann dem Belasteten dasjenige, was er auf Grund der ihm gemachten Zuwendung erhalten hat, von dem dadurch Benachtheiligten wieder genommen werden[6].

[BGB. vgl. ob. S. 684 fg.]

3. Verbot der Veräußerung des Hinterlassenen, Anordnung einer besonderen Verwaltung für dasselbe, Beschränkung in der Verwendung oder Anordnung einer bestimmten Art der Verwendung. Das Verbot der Veräußerung des Hinterlassenen hat rechtliche Bedeutung nur auf Grund einer besonderen durch den Erblasser getroffenen Anordnung, im Besonderen[6a] wenn es in Verbindung gebracht ist mit einem Gebot der Herausgabe an eine dritte Person; in diesem Fall ist die Veräußerung nichtig[7]. Die Anordnung einer besonderen Verwaltung für das Hinterlassene, und in Verbindung damit die Entziehung der Verfügungsbefugniß des Bedachten, hat rechtliche Wirksamkeit, sei es nach dem Gesichtspunkt der Vormundschaft, sei es nach dem Gesichtspunkt der Testamentsvollstreckung[8]. Auf diesem Wege kann der Erblasser auch erreichen, daß das Hinterlassene in gewisser Weise verwendet werde oder nicht verwendet werde[9]; abgesehen hiervon ist eine

---

[4] L. 18 § 2 D. 10, 2. l. 7 D. 33, 1.

[5] S. § 567 [5], § 636 [5]. Die daselbst citirte l. 7 i. f. D. 33, 1 sagt: „Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est, sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci“.

[6] S. § 636 [2 b].

[6a] Ungültig ist die Verfügung, daß das Hinterlassene dem Zugriff der Gläubiger entzogen sein soll. Sf. XL. 213. S. außerdem Sf. XXXIV. 314 (Beschränkung auf den Pflichttheil für den Fall der Veräußerung).

[7] S. I § 172a [5], III § 648, 4. Vgl. aber auch Brinz 1. Aufl. S. 1106 fg.

[8] S. § 446 [9], § 567 [6 fg.]. Dabei kommen jedoch auch die Grundsätze des Notherbenr. in Betracht, vgl. § 582 [2], § 583 [6 fg.]. Von diesem Fall handelt der oben bei * citirte Aufsatz im Besonderen; s. ferner Linde ZS. f. CR. u. Pr. V S. 253 fg.

[9] Sehr naheliegend ist namentlich die Anordnung, daß bis zu einem gewissen Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer gewissen Eventualität die Früchte zum Capital geschlagen werden sollen. Anordnung, daß das Hinterlassene nicht von den Gläubigern des Bedachten solle angegriffen werden dürfen: Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVII S. 447, Sf. XV. 139, XXX. 43, XXXI. 251; a. M. das. III. 86, XXXII. 155. Vgl. das. IX. 318.

solche Verwendungsauflage oder Verwendungsbeschränkung nur wirksam nach dem Recht der Voraussetzung[10].

[1. Nach dem BGB. kann der Erlasser ein Veräußerungsverbot mit dinglicher Wirkung im Allgemeinen nicht erlassen (137). Er kann nur durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers das Verfügungsrecht des Erben ausschließen (s. ob. S. 304), oder durch Einsetzung eines Nacherben gewisse Verfügungsbeschränkungen herbeiführen (s. ob. S. 681 unter 5). Nur die durch das Vermächtniß begründete Forderung kann der Erblasser für nicht übertragbar erklären (arg. 399). Das Verbot der Veräußerung eines Gegenstandes kann im Uebrigen möglicher Weise sich herausstellen als Vermächtniß des Gegenstandes an Dritte, insbesondere an die Intestaterben dessen, der den Gegenstand erhalten hat. Ueber die Auflage (zu [9, 10]) s. oben S. 684 fg. — Vgl. noch: 1369. 1440 Abs. 2. 1486 Abs. 1. 1526 Abs. 1. 1549. 1553 Ziff. 2. 1509. 1511 fg. — 1598 Abs. 3. — 1638. 1639. 1640 Abs. 2. 1651 Abs. 1 Ziff. 2. 1686. 1687 Ziff. 1. 1777. 1782. 1797 Abs. 3. 1803. 1852 fg. 1858. 1859 Abs. 2. 1861. 1863 Abs. 3. 1866 Ziff. 3. 1868. 1880. 1898. 1909. 1917 Abs. 1.

2. Die Frage, ob der Erblasser durch letztwillige Verfügung ein Schiedsgericht anordnen kann, was CPO. 1048 als möglich voraussetzt, aber nicht selbst bestimmt, — vgl. Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 301 fg. (1897), Strohal S. 66 [8] ist m. E. dahin zu beantworten: über die Erbfolge kann der Erblasser im Allgemeinen kein Schiedsgericht anordnen, weil er nicht den zum Erben einsetzen kann, den ein Dritter bestimmt (2065); soweit er dagegen Vermächtnisse und Auflagen von der Bestimmung eines Dritten abhängig machen kann (s. 2151—2156. 2192. 2193), kann er sie auch von dessen Entscheidung mit schiedsgerichtlichem Charakter abhängig machen. Ebenso kann er Streitigkeiten über die Erbtheilung einem Schiedsgericht überweisen (arg. 2048), und schiedsgerichtlicher Entscheidung unterstellen, ob eine Bedingung bei einer Erbeseinsetzung eingetreten ist (vgl. ob. S. 234).]

---

[10] Note [2, 3, 6]. Vorerst aber ist zuzusehen, ob der Erblasser auch wirklich die Absicht gehabt hat, eine Nöthigung aufzulegen, und nicht vielmehr, einen bloßen Rath zu ertheilen oder eine sonstige unverbindliche Hinweisung zu machen. S. l. 71 pr. D. 35, 1, l. 88 § 3 D. 31, und vgl. l. 2 § 7 D. 39, 5, l. 13 § 2 D. 24, 1.

Sach-Register

zu sämmtlichen drei Bänden.

(Die größeren lateinischen Zahlen bedeuten den Band, die größeren arabischen den §, die kleineren die Note.)

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Quellen-Register
zu sämmtlichen drei Bänden.

(Die größeren lateinischen Zahlen bedeuten den Band, die größeren arabischen den §, die kleineren die Note. Bei den Quellen des Reichsrechts ist auf Band und Seite verwiesen.)

A. Institutionen.

B. Digesten.

C. Codex.

D. Novellen.

E. Sonstige Quellen des Pandektenrechts.

F. Quellen des Reichsrechts.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Einführungsgesetz zum BGB.

3. Civilproceß-Ordnung.

Vorangestellt sind in ( ) die Ziffern der alten CPO., Ziffern mit einem Buchstaben z. B. 293 a gehen auf den im Text benutzten Entwurf. Die Ziffern außerhalb der ( ) sind diejenigen des jetzigen Gesetztextes.

(851) 1025: II S. 793 [9e] 795 [17a]
(851—872) 1025—1048: II S. 788 [1a]
(852) 1026: II S. 795 [17b]
(853) 1027: II S. 789 [4]
(854) 1028: I S. 488
(855) 1029: I S. 485 488
(855 Abs. 2) 1029 Abs. 2: II S. 790 [9]
(857) 1031: II S. 796
(858 Abs. 3) 1032 Abs. 3: I S. 213 [12] 488
(858) 1032: II S. 795 [17a] 796
(859) 1033: II S. 793 [9d] 796 [17d] [5]
(860) 1034: II S. 792 [9a]
(863) 1037: II S. 793 [9e]
(864) 1038: II S. 793 [9d]
(865) 1039: II S. 792 [9b]
(866) 1040: II S. 789 [2]
(867) 1041: II S. 793 [9c] [9e]
(868) 1042: I S. 565 [1] II S. 789 [3]
(868 Abs. 2) 1042 Abs. 2: II S. 789 [4] 793 [9e]
(871) 1045: I S. 485 II S. 789 [4] 793 [9c]
(871—871b) 1045—1047: II S. 791
(872) 1048: III S. 704 [2]

4. Concurs-Ordnung.

Vgl. die Vorbemerkung zur CPO.

(1) 1: II S. 422
3 Abs. 1: II S. 286
(3) 4: II S. 109 [4] 120 [8]
(4) 5: I S. 127 209 [6]
(5) 6: II S. 109 [9] 110 119 [8] 397 [44]
(6) 7: I S. 365 [6] 796 [1] 797 [3b] II S. 109 [9] 110 956 9: III S. 442
(10) 12: II S. 119 [8]
(11) 14: II S. 119 [8]
(13) gestrichen: I S. 486 [11]
16: II S. 882
(17—19) 19—22: II S. 710 [9]
21: II S. 687
28: II S. 742
29: II S. 956
(23) 30: I S. 304 528 II S. 951 [2] 952 [4]
(24) 31: II S. 951 952
(25) 32: II S. 951 [3] 954
(26) 33: II S. 951 [3b]
(29) 36: II S. 952 [5]
(30) 37: II S. 951 [3] 953 [6b] 954 956
(31) 38: II S. 953 [6d]
(33) 40: II S. 952 [6] 954 955
(34) 41: II S. 953 [7] 955
42: II S. 955 956
(35—38) 43—46: II S. 109 [7] 110
(36) 44: I S. 790 [19e]
(38) 46: II S. 812 [17]
(39 ff.) 47 ff.: II S. 109 [4] [4b] [4c] 110 119 [8] 492
(40) 48: I S. 1030 [4] 1102 [1a] II S. 109 [4e] 110 1027
(41) 49: I S. 229 1030 1102 II S. 109 [5] 110 692 1027
(43) gestrichen: III S. 462
(43—45) 51—52: II S. 109 [6] 110
(44) 51: II S. 740 [15] 742 874 [4a] 883
(46—49) 53—56: II S. 455 [21]
(47) 54: I S. 399 [11] II S. 451 [8]
(50—53) 57—60 II S. 109 [8] 110
(52) 59: II S. 120 [8]
(54) 61: I S. 229 528 II S. 108 [1] [2] 109 ff. III S. 72 137 175
(56) 63: II S. 109 [8] 119 [8] 516 [11]
65: II S. 115 1022
(59) 66: I S. 399 [11]
(60) 67: I S. 399 [11]
(70 ff.) 78 ff.: III S. 173
(74) 82: II S. 119 [8] 120 [8] III S. 174
(81) 89: III S. 174
(88) 96: I S. 399 [11]
(94 ff.) 102 ff.: II S. 103 [2]
(98) 106: I S. 797 [4]
(101) 109: I S. 253 III S. 471
116: III S. 471
(112 ff.) 122 ff.: III S. 173
(133 Abs. 2) 145: I S. 585 [11]
(135) 147: I S. 585 [11]
(137 ff.) 149 ff.: III S. 173
(142) 154: I S. 399 [11] III S. 469 472
(144) 156: I S. 399 [11]
(152) 164: I S. 495 II S. 98 [13]
(155 Ziff. 2) 168 Ziff.: 2 I S. 399 [11]
(158) 171: I S. 399 [11]

5. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

6. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

7. Grundbuch-Ordnung.

Nachträge zum dritten Bande.

§ 489 fg. von Stobbe's deutschem Privatrecht erschien B. IV in der Bearbeitung von Lehmann 1901.

§ 489 [8] Mumm die Rechte der Verlobten (nach BGB.) Bl. f. RAnw. LXV S. 160 fg. 175 fg. (1900).

§ 527* Strohal das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 2. Aufl. 2. Th. (Schluß) 1901. — Paul Meyer das Erbr. des BGB. für das deutsche Reich. Ein Lehrbuch I. Lief. Marb. 1901 (1. Abschn.: Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge. 2. Abschn. Anfang: Gesetzliche Erbfolge im Allgemeinen. Fadda concetti fondamentali del diritto ereditario Romano P. I. Napoli 1900.

§ 528 Knitschky Erbschaft und Erbtheil ACPra. XCI S. 281 fg. (1901) (zu 1922 Abs. 2 BGB.)

§ 567 [3] Freudenheim die rliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Erl. Diss. 1900.

§ 568 S. 316 fg. Avellis die Voraussetzung der Gültigkeit der Erbeinsetzungsverträge nach gemeinem Recht und dem BGB. Erl. Diss. 1900.

§ 593 S. 396 fg. z. BGB. 2306 v. Tuhr deutsche Juristenzeitung VI (1901) S. 121 fg.

§ 607* Baviera il commodum separationis nel diritto Romano e moderno. Bologna 1901.

§ 607 S. 463 fg. Hagen die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Jahrb. f. Dogm. XLII S. 43 fg. (1901).

§ 614 Stintzing (W.) Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte (Jena 1901) 2. (S. 62 fg.) über das possidere pro possessore.

§ 647 S. 613 Kleineidam Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. f. d. deutsche Reich (Jena 1900) S. 49 fg.

